

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA

COMPÉTENCE DU CONSEIL D'ÉTAT

EN MATIÈRE DE CONTRATS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES POLITIQUES)

Présentée et soutenue le 1^{er} juin 1928, à 2 heures.

PAR

Jacques SUDRE

Président.... M. MESTRE, professeur.
Suffragants . } MM. BERTHÉLEMY, doyen.
JACQUELIN, professeur.

LIBRAIRIE

DE

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e

1928

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA
COMPÉTENCE DU CONSEIL D'ÉTAT
EN MATIÈRE DE CONTRATS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES POLITIQUES)

Présentée et soutenue le 1^{er} juin 1928, à 2 heures.

PAR

Jacques SUDRE

Président M. MESTRE, *professeur.*
Suffragants . } MM. BERTHELEMY, *doyen.*
 JACQUELIN, *professeur.*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e

—
1928

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



AVANT-PROPOS

Cette étude n'est pas un traité de contentieux des contrats administratifs. Le but que nous nous proposons est tout autre. Il nous a semblé que, dans notre droit administratif français basé sur la séparation des pouvoirs, et dans lequel, par conséquent, les questions de compétence tiennent une si large place, il n'y avait pas de théorie dont l'élaboration jurisprudentielle présentât plus d'intérêt que celle de la compétence en matière de contrats. Toutes les grandes notions du droit public français, service public, puissance publique, personnalité morale, centralisation administrative, sont intéressées à la solution de ce problème. Il permet de saisir sur le vif les procédés de travail du Conseil d'État, et de voir avec quelle patience, quelles subtilités, quel mélange de prudence et de hardiesse notre haut tribunal administratif sait dégager de l'amas souvent informe des textes législatifs, une théorie qui, tout en respectant les principes d'équité sans lesquels le droit ne serait qu'un ensemble de formules vaines, satisfait dans la mesure du possible, aux exigences logiques des esprits juridiques et aux nécessités de plus en plus complexes de la vie sociale.

Toute la première partie de cet ouvrage, portant sur des théories abandonnées depuis de longues années, et sans que l'on puisse penser qu'un revirement de la jurisprudence leur redonne jamais un lustre nouveau, paraîtra sans doute bien inactuelle. Il nous a semblé cependant que, puisque tant de bons esprits préconisent l'étude du droit comparé, il pouvait être aussi intéressant de confronter les idées juridiques dominant actuellement en France avec celles qui régnaient au siècle dernier ; quels que soient les changements qui se sont produits dans les conditions de la vie politique et sociale depuis la guerre, les données du problème ne sont pas si différentes de ce qu'elles étaient au ^{xix}^e siècle que l'on puisse juger inutile de connaître les efforts qui furent faits alors pour le résoudre.

Au surplus, cette étude du passé n'était peut-être pas inutile pour comprendre le présent et préjuger de l'avenir. La jurisprudence administrative est mouvante, comme la vie sociale dont elle reflète les besoins et les aspirations.

Cette étude, qui va jusqu'à la jurisprudence la plus récemment publiée, ne prétend donc pas tracer de règles définitives. Mais il y a un grand intérêt à confronter ou à juxtaposer les diverses théories qui se sont succédé, pour en tirer les principes qui nous permettront, peut-être d'établir à quelles conditions la théorie que nous essaierons d'édifier aurait quelque chance de subsister.



Au seuil de cette première étude juridique, je tiens à rendre un hommage reconnaissant à la mémoire de celui qui m'a accueilli avec tant de paternelle bonté lorsque je suis arrivé à Paris pour y poursuivre mes études de droit. Tous les juristes ont ressenti la perte que fut pour la science la mort de M. Pillet, professeur de droit international à la Faculté de Paris. Pour ses anciens élèves, qu'il aimait à réunir autour de sa table de famille, le souvenir de son accueil affable et de la ferme lucidité de ses conseils demeure inoubliable.

Que M. Delpech, qui à la Faculté de Strasbourg m'a initié à l'étude du droit administratif, et M. Mestre, dont les conseils m'ont toujours été si précieux, trouvent également ici l'assurance de ma reconnaissance.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

N ^{os}	Pages
1. La Révolution amène le triomphe des tendances centralisatrices de l'ancien régime.....	1
2. La séparation des pouvoirs.....	2
3. La conception française de la séparation des pouvoirs....	3
4. La prérogative de l'administration. Ses conséquences au point de vue des procédés de gestion des services publics.....	5
5. But et plan de l'ouvrage.....	6

PREMIÈRE PARTIE

LES ACTES D'AUTORITÉ ET LES ACTES DE GESTION

CHAPITRE PREMIER

Les débuts de la jurisprudence administrative.

6. Absence d'un système cohérent de compétence dans la première moitié du xix ^e siècle.....	11
7. L'opinion de Cormenin.....	12

CHAPITRE II

Actes de gestion et actes d'autorité.

8. On commence à distinguer l'existence d'un contentieux administratif par nature.....	14
9. Conséquence : restriction de la compétence administrative...	15
10. Les actes d'autorité et les actes de gestion.....	16
11. Le principe de cette distinction est juste.....	17
12. Mais elle est fondée sur une analyse inexacte des procédés de l'administration.....	18
13. L'erreur de la théorie des actes d'autorité et de gestion vient d'une fausse conception du caractère juridique des personnes administratives.....	21
14. Le contentieux administratif par détermination de la loi corrigeait l'erreur que l'on faisait sur le contenu du contentieux par nature.....	23

CHAPITRE III

Les contrats des départements et des communes.

N ^{os}	Pages
15. Le contentieux de la gestion des administrations locales est judiciaire.....	25
16. Cette solution est illogique.....	26
17. Le Conseil d'État l'abandonne progressivement.....	27
18. L'arrêt Terrier.....	29
19. L'arrêt Théron.....	30
20. Conséquences de ce revirement. L'unification du contentieux de pleine juridiction.....	31

DEUXIÈME PARTIE

THÉORIE DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

CHAPITRE PREMIER

La notion de service public.

21. Le critérium de compétence se trouve-t-il dans la notion de service public?.....	37
22. L'arrêt du Tribunal des conflits, <i>Compagnie d'assurances Le Soleil</i> , n'accepte pas cette théorie.....	38
23. Cet arrêt ne constitue pas une innovation. Il est bien dans la ligne de la jurisprudence antérieure.....	39
24. Le Conseil d'État affirme nettement cette jurisprudence. L'arrêt <i>Granit des Vosges</i> . Ses conséquences.....	40
25. M. Duguit n'approuve pas cette jurisprudence et soutient le critérium du service public.....	42
26. Réfutation de la doctrine de M. Duguit.....	43
27. Essai d'une classification des services au point de vue de la compétence; objections.....	44
28. Théorie de M. Mestre. Organisation et fonctionnement du service. Réfutation.....	47
29. Service public et puissance publique.....	48

CHAPITRE II

Les contrats administratifs. Leur existence.

30. La jurisprudence actuelle se place au point de vue de la nature juridique du contrat.....	51
31. L'expression de contrat administratif.....	52
32. La critique de M. Duguit.....	54
33. Cette critique est basée sur une confusion entre l'existence de contrats administratifs et le critérium permettant de les distinguer.....	54

— IX —

Nos	Pages
34. Le droit administratif est un droit distinct du droit civil et autonome par rapport à lui	56

CHAPITRE III

Clauses et règles d'interprétation des contrats administratifs.

35. Clauses exorbitantes du droit commun des contrats dans l'intérêt financier de l'administration	58
36. Dans l'intérêt du service public	59
37. En faveur de l'entrepreneur et de son personnel	60
38. Clauses exorbitantes du droit général des obligations	61
39. Les règles d'interprétation des marchés administratifs ne sont pas celles du droit commun	62
40. Le fait du prince et l'imprévision	65

CHAPITRE IV

Critérium de distinction des contrats administratifs.

41. L'autonomie du droit administratif est à la fois une conséquence et une justification de la séparation des pouvoirs ..	68
42. La notion de contrat administratif doit fournir le critérium de distinction des compétences	70
43. Le service public est une condition nécessaire du contrat administratif, mais non suffisante	71
44. Deux critères des contrats administratifs; clauses exorbitantes du droit commun, coopération au service public	72
45. Ces deux conditions ne se confondent pas	74
46. M. Jèze propose une troisième condition; objections	75
47. Conclusion de la seconde partie	76

TROISIÈME PARTIE

ÉTUDE DES DIFFÉRENTS CONTRATS ADMINISTRATIFS
AU POINT DE VUE DE LA COMPÉTENCE

CHAPITRE PREMIER

Les contrats de fournitures et de transports.

48. Les marchés de fournitures et de transports, interprétation du décret de 1806	81
49. La compétence en matière de contrats de fournitures de l'État	83
50. Les contrats de fournitures des administrations locales	84
51. Les contrats de transports	86

Nos	Pages
52. Les contrats d'affrètement.....	87
53. Les transports effectués par les compagnies de chemins de fer.	88

CHAPITRE II

Les marchés de travaux publics. Les offres de concours. Les concessions.

54. L'attribution de compétence de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII.....	91
55. Son interprétation extensive par la jurisprudence.....	92
56. Les offres de concours.....	93
57. Les contrats mixtes de fournitures et de travaux publics.....	94
58. Les différentes acceptions du mot concession.....	95
59. Les concessions de service public.....	96
60. Les concessions de travaux publics.....	98
61. Les concessions de service public sans travaux publics.....	100
62. Les baux d'octroi et les contrats d'affermage des droits de place, les baux de source minérale.....	104

CHAPITRE III

Les contrats relatifs à la Dette publique.

63. Les emprunts publics d'État.....	105
64. Justification de la compétence administrative.....	106
65. Emprunts analogues à ceux du droit privé; emprunts des départements et des communes.....	108

CHAPITRE IV

Les opérations immobilières.

66. Baux du Code civil passés par l'administration pour loger les services publics.....	110
67. Contrats innomés conformes au droit commun.....	111
68. Contrats de location de nature administrative.....	113
69. Baux passés pour la gestion du domaine privé.....	113
70. Ventes domaniales.....	114

CHAPITRE V

Les contrats pour le recrutement du personnel.

71. Situation réglementaire des fonctionnaires publics proprement dits.....	116
72. Les contrats d'engagements militaires.....	118

N ^{os}	Pages
73. Situation contractuelle des employés qui ne sont pas des fonctionnaires publics proprement dits.....	120
74. Contrats administratifs de louage de service.....	121
75. Contrats de droit privé passés pour les services publics.....	122
76. Contrats de louage de services des services publics industriels.....	124

CHAPITRE VI

Les contrats avec les usagers. Contrats divers.

77. Les contrats passés avec les usagers.....	126
78. Les contrats du service du ravitaillement pendant la guerre..	130
TABLE DES ARRÊTS CITÉS	137

LA

COMPÉTENCE DU CONSEIL D'ÉTAT

EN MATIÈRE DE CONTRATS

INTRODUCTION

SOMMAIRE. — 1. La Révolution amène le triomphe des tendances centralisatrices de l'ancien régime. — 2. La séparation des pouvoirs. — 3. La conception française de la séparation des pouvoirs. — 4. La prérogative de l'Administration, ses conséquences au point de vue des procédés de gestion des services publics. — 5. But et plan de l'ouvrage.

1. — Dans la vie publique de la France, à la fin de l'ancien régime, deux tendances s'opposaient : le pouvoir royal était réformateur, et par suite centralisateur ; les corps constitués, les corporations, défendaient leurs privilèges, et dans cette lutte avaient l'appui du pouvoir judiciaire. Les Parlements étaient en perpétuel conflit avec les intendants.

C'est la première tendance que la Révolution devait faire triompher. Ce triomphe, que l'Empire allait encore consolider, donna à l'Administration française sa véritable physionomie (1).

(1) L'œuvre administrative de la période intermédiaire devait se
Sudre 1

Du jour, où les privilèges, et non pas seulement ceux de la noblesse et du clergé, mais ceux des corps constitués, villes et corporations qui formaient les cadres naturels de la société, furent supprimés, il fallut donner au pays des cadres artificiels et établir une Administration centralisée. Le pouvoir que les autorités naturelles de l'ancien régime tenaient de la coutume, de la tradition et du consentement, souvent plusieurs fois séculaire des collectivités qu'elles étaient chargées d'administrer, fut remplacé par un pouvoir unique, émanant de l'Etat, dont les administrateurs locaux n'étaient que les agents hiérarchisés.

Entre l'Etat tout-puissant, et l'individu, rien ne devait plus s'interposer, pas même l'autorité judiciaire. Puisque, instruits par l'expérience des dernières années de l'ancien régime, qui avaient vu la lutte de la monarchie contre les parlements, les hommes de la Révolution complétèrent leur œuvre en établissant la séparation des pouvoirs.

2. — Par ces mots d'ailleurs ils entendaient deux choses assez différentes. D'une part, un principe *constitutionnel*, venu des philosophes du XVIII^e siècle, en particulier de Montesquieu, et que la Déclaration des droits de l'homme (art. 16) formule ainsi : « Toute société dans laquelle la séparation des pouvoirs n'est pas assurée n'a point de Constitution. » (2).

révéler comme remarquablement solide. Elle constitue vraiment ce que l'on a pu appeler la « constitution administrative » de la France. De nos jours encore, cette organisation administrative, qui subsiste dans ses grandes lignes, influe plus profondément sur la vie sociale et sur la vie politique du pays que les lois constitutionnelles. C'est sans doute cette solidité de l'armature administrative de la France qui lui a permis de supporter, sans trop de secousses, sept changements de régime en un siècle.

(2) Comp. la Constitution du 4 novembre 1848, article 19 : « La séparation des pouvoirs est la première condition d'un gouvernement libre. »

D'autre part, un souci *politique* de mettre l'Administration à l'abri des empiétements du pouvoir judiciaire qui s'était déjà manifesté à la fin de l'ancien régime par la création de la Chambre des comptes, de la Cour des Aides, et le développement donné aux attributions contentieuses du Grand Conseil et des intendants. Comme le législateur révolutionnaire attachait une grande importance à cette interdiction faite aux tribunaux de connaître des actes de l'Administration, il a tout naturellement essayé de la rattacher au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, qui paraissait, à cette époque, le dernier mot de la science politique.

De nombreux textes se sont succédé pour affirmer ce principe. Les deux plus connus, ceux que visent encore les tribunaux, sont l'article 13 du titre II de la loi des 16-24 août 1790 : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives; les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions », et la loi du 16 fructidor an III : « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'Administration, de quelque espèce qu'ils soient. » (3).

3. — Dans ces textes, la pratique voulut voir, bien qu'il ne fût pas certain que ce soit la pensée du législateur, la prohibition, pour les tribunaux judiciaires, non seulement de connaître des actes administratifs pour les annuler ou

(3) V. aussi : la Constitution des 13-14 septembre 1791 (tit. 2, chap. V, art. 3); l'instruction législative du 8 janvier 1790, la loi des 7-14 octobre 1790 et l'article 127 du Code pénal — et, comme contre-partie, les textes interdisant à l'Administration de s'immiscer dans le domaine de l'ordre judiciaire, la Constitution des 13-14 septembre 1791 (tit. 3, chap. IV, sect. II, art. 3), la loi des 16-24 août 1790 (chap. II, art. 17), et les articles 130 et 131 du Code pénal.

pour les réformer, mais encore d'en connaître pour les interpréter ou en apprécier la légalité en vue de trancher une contestation. Cette interprétation a soulevé de vives critiques⁽⁴⁾. Nous croyons cependant que, si elle ne se déduisait pas logiquement des textes, elle était tout au moins dans la logique des institutions, puisque, après plus d'un siècle, alors que les raisons historiques qui l'avaient inspiré ont disparu depuis longtemps, le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires domine toujours notre droit administratif, et que c'est sur ce principe qu'a pu s'édifier une juridiction administrative indépendante.

C'est qu'en effet la conception française de la séparation des pouvoirs est admirablement accordée à l'esprit général du droit public français, qui est un droit basé sur une inégalité de pouvoirs entre l'individu et l'Etat, ce que M. Hauriou appelle la prérogative de l'Administration⁽⁵⁾. Séparation des pouvoirs et prérogative de l'Administration, ce sont les deux aspects d'un même fait : le régime administratif. Si l'on examine ce régime administratif sous l'angle de ce que M. Jacquelin appelle le « droit déterminateur »⁽⁶⁾, c'est la prérogative de l'Administration qui apparaît; sous l'angle du « droit sanctionnateur », c'est la séparation des pouvoirs. Si les raisons de défiance à l'égard de l'autorité judiciaire, qui ont motivé la séparation des pouvoirs, n'existent plus, du moins reste-t-il toujours une raison technique pour justifier l'existence d'une juridiction administrative autonome. L'Administration est soumise au droit, mais à un droit différent du droit privé. Les règles

(4) V. JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux administratif*, 1899, p. 28 et s.

(5) V. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 41^e éd., 1927, p. 9 et s.

(6) JACQUELIN, *op. cit.*, Préface.

d'interprétation d'un même acte varieront suivant que cet acte sera passé par l'Administration ou par un particulier. Il est bon que le juge chargé d'apprécier l'acte de l'Administration ne soit pas porté à l'interpréter suivant les règles du droit privé.

4. — La prérogative de l'Administration est double : d'une part la prérogative de l'action d'office, qui lui permet de prendre une décision exécutoire à l'encontre des droits d'un particulier par une procédure extrajudiciaire; d'autre part la jouissance de droits de puissance publique exorbitants du droit commun⁽⁷⁾, droits de commandement et de réquisition des personnes et des choses pour les besoins du service public.

Grâce à ces pouvoirs de puissance publique dont elle est investie, l'Administration, lorsqu'elle a besoin pour le fonctionnement des services de la collaboration des particuliers, n'est pas toujours obligée d'attendre de leur part un accord de volontés. La réquisition est, dans bien des cas, le moyen normal pour l'Administration de se procurer les ressources en hommes et en fournitures dont elle peut avoir besoin.

Par nature, le contrat se prête mal aux besoins du service public. La rapidité avec laquelle celui-ci doit être exécuté, la continuité avec laquelle il doit fonctionner, s'accroissent mal des tergiversations que nécessite souvent l'accord de volonté.

Un contrat, du reste, est un acte synallagmatique, et le service public exige parfois des particuliers des sacrifices tels que l'on n'imagine pas de contre-partie possible, et, lors même que l'on pourrait envisager une rémunération conve-

(7) HAURIOU, *op. cit.*, p. 10.

nable, susceptible d'entraîner l'accord de volontés, le souci des finances publiques empêche de le faire.

Le contrat suppose, en outre, une égalité au moins approximative des cocontractants, qui ne se réalisera avec l'Etat que quand celui-ci consentira à abandonner tout ou partie de ses prérogatives exceptionnelles.

Le rôle du contrat dans l'activité des services publics est cependant considérable : baux passés pour loger les services; marchés de travaux publics; marchés de fournitures de toutes sortes; marchés de transport; contrats de vente de location pour la gestion du domaine privé; louage de services pour un nombre important d'emplois dans les administrations publiques; emprunts. Autant de contrats passés entre l'Administration et les particuliers.

5. — De l'exécution de ces contrats naissent des litiges. Quel est le juge compétent pour en connaître ?

Considérera-t-on que, passés pour l'exécution des services publics, la séparation des pouvoirs exige que leur contentieux soit remis à l'autorité administrative ?

Ou bien, au contraire, ne voyant dans ces contrats que des actes se rapprochant de ceux que font les particuliers, et, par conséquent, empruntés à la technique du droit privé, n'estimera-t-on pas que la compétence des tribunaux administratifs ne se justifie pas.

Nous verrons que, finalement, ce n'est ni l'une ni l'autre de ces tendances qui l'a emporté, mais qu'une analyse plus serrée de ces contrats ayant fait voir que, malgré l'accord de volontés, beaucoup d'entre eux étaient tout imprégnés de puissance publique, on admit pour eux la compétence administrative. Les autres, étant en tout point semblables à ceux que passent entre eux les particuliers, furent laissés à la compétence judiciaire.

On n'arriva à ce résultat qu'après de nombreux tâtonnements et un long travail jurisprudentiel, dont nous nous proposons de retracer les grandes lignes dans la première partie de cet ouvrage.

Dans la seconde partie nous étudierons comment, une fois admis le principe que la compétence administrative ne se justifie que par les procédés spéciaux du droit public, on peut essayer de délimiter le domaine de la compétence administrative en matière de contrats, et, enfin, dans une troisième partie, nous ferons application des résultats ainsi obtenus aux principaux contrats passés par l'Administration (8).

(8) Avant de commencer cette étude, il nous faut présenter deux observations :

1° Dans tout contrat passé par l'Administration, il faut distinguer de l'accord de volonté l'acte administratif de passation du contrat. Celui-ci est un acte administratif qui peut, toujours, quelle que soit la nature du contrat, être attaqué par le moyen du recours pour excès de pouvoir : V. Cons. d'Et., 8 avril 1911, *Commune de Ousse-Sussan*, S., 13. 3. 49, avec la note de M. Hauriou et les conclusions de M. Pichat; 27 nov. 1925, *Perrin, Rec.*, p. 947; à plus forte raison en est-il ainsi des formalités préparatoires à la passation du contrat : délibérations d'assemblées, autorisations, adjudication. V. ALIBERT, *Le Contrôle juridictionnel de l'Administration*, 1926, p. 159 et s.

2° Dans l'étude de la jurisprudence, nous nous en tiendrons presque exclusivement aux arrêts du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits. C'est qu'en effet la Cour de cassation a toujours manifesté le plus grand souci de laisser le Conseil d'Etat maître de définir sa propre compétence dans notre matière.

PREMIÈRE PARTIE

LES ACTES D'AUTORITÉ ET LES ACTES DE GESTION

CHAPITRE PREMIER

LES DEBUTS DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

SOMMAIRE. — 6. Absence d'un système cohérent de compétence dans la première moitié du XIX^e siècle. — 7. L'opinion de Cormenin.

6. — Il faut renoncer à trouver dans les premiers arrêts du Conseil d'Etat une formule générale qui rende compte de la répartition des compétences. S'inspirant de l'origine historique de la séparation des pouvoirs, le Conseil d'Etat l'interprétait dans un sens très restrictif de la compétence des tribunaux judiciaires.

Il suffisait à cette époque, pour faire échec à la compétence des tribunaux, d'invoquer un intérêt public ou de donner une forme administrative à des actes qui, d'après leur objet, auraient cependant relevé du droit commun⁽¹⁾.

Même les baux passés pour la gestion du domaine privé étaient de la compétence administrative. On les faisait alors rentrer dans le contentieux des domaines nationaux, dont la compétence était attribuée aux conseils de préfecture par la loi du 28 pluviôse an VIII⁽²⁾.

(1) L'arrêté du Directoire du 2 germinal an V, inséré au *Bulletin des lois*, qualifiait d'actes administratifs, au sens des lois des 16-24 août 1790 et 16 fructidor an III, toutes les opérations qui s'exécutent par les ordres du Gouvernement, par ses agents immédiats, sous sa surveillance et avec les fonds fournis par le Trésor public.

(2) V. BÉQUET, *Répertoire du droit administratif*, v^o *Contentieux administratif*, n^o 635.

Mais cette pensée, qui a été celle du Conseil d'Etat, à certains moments, n'a pas prévalu. Et l'on est resté longtemps encore dans la confusion ⁽³⁾.

Le contentieux de tous les services communaux et départementaux était laissé aux tribunaux de droit commun. On ne considérait pas alors les communes et les départements comme des personnes morales du droit public ⁽⁴⁾.

Mais, si désireux qu'il soit d'étendre sa compétence, le Conseil d'Etat n'était pas encore arrivé à se considérer comme le juge administratif de droit commun. Le souci qu'il prenait de ne se reconnaître compétent que lorsqu'un texte le lui permettait : lois du 16-24 août 1790 et 16 fructidor an III, pour le fonctionnement des services, loi du 26 septembre 1793, sur le règlement administratif des dettes de l'Etat pour le règlement des indemnités pour faits de service, loi du 28 pluviôse an VIII, pour les marchés de travaux publics, décret du 11 juin 1806, pour les marchés de fournitures, sauf à élargir singulièrement la portée de ces textes pour étendre sa compétence, montre bien qu'il n'était pas encore arrivé à se reconnaître une compétence découlant de la nature même de l'organisation constitutionnelle et administrative du pays. Il pressentait l'existence de ce que nous appelons le contentieux administratif par nature, mais il n'osait pas la formuler.

7. — En 1840, encore, Cormenin se garde bien d'édifier une théorie juridique de la répartition des compétences.

(3) On trouvera l'exposé des fluctuations de la jurisprudence du Conseil d'Etat dans l'article de M. Boulatignier sur les *Baux administratifs*, dans le *Dictionnaire général d'administration* de BLANCHE, 1^{re} édition.

(4) CHAUVÉAU (Adolphe), *Compétence et juridiction administrative*, 1844, t. I, p. 421.

Passant en revue, dans l'introduction de son *Droit administratif*⁽⁵⁾, les différents domaines où s'exerce la jurisprudence administrative, il étudie séparément chaque branche du contentieux, et, s'il essaie, par des considérations tirées de l'histoire, de la politique ou des nécessités de la haute administration⁽⁶⁾, de justifier la compétence juridictionnelle des autorités administratives, il ne se soucie nullement de condenser toutes ces explications en un système logique⁽⁷⁾. Le contentieux administratif n'était pas encore mûr pour un pareil travail.

(5) DE CORMENIN, *Droit administratif*, 5^e éd., 1840.

(6) V., par exemple, la justification de la compétence administrative en matière de marchés de fournitures, CORMENIN, *op. cit.*, Introduction, p. xxxviii.

(7) Mais si l'on voulait pourtant extraire de l'ouvrage de Cormenin une justification d'ensemble de la juridiction administrative, on la trouverait en dehors de toute métaphysique, et même de toute théorie juridique, dans des considérations d'ordre purement pratique : la juridiction administrative est commode et elle donne satisfaction au justiciable. V. par exemple, à propos de la compétence en matière de travaux publics (Introduction, p. xi) : « Cette double juridiction (du conseil de préfecture et du Conseil d'Etat), par la brièveté de l'instruction, la simplicité des formes, l'économie des frais, la science de la matière et la plénitude de la défense, est plus encore dans l'intérêt des entrepreneurs que dans celui de l'Etat », et plus loin, après avoir rappelé les raisons qui ont conduit le législateur révolutionnaire et impérial à confier au Conseil d'Etat le contentieux des marchés de fournitures, Cormenin conclut : « Les fournisseurs ne se plaignent pas aujourd'hui d'être mal liquidés ou mal payés ni le Gouvernement d'être mal servi, que veut-on de plus. » (Introduction, p. xxxix.)

Cette justification ne ressemble-t-elle pas aux arguments sur lesquels soixante ans plus tard M. Hauriou allait appuyer sa brillante et efficace défense du contentieux administratif. V. en particulier la note sous l'arrêt du 6 janvier 1903, *Terrier* (S., 03. 3. 23).

CHAPITRE II

ACTES DE GESTION ET ACTES D'AUTORITE

SOMMAIRE. — 8. On commence à distinguer l'existence d'un contentieux administratif par nature. — 9. Conséquence : restriction de la compétence administrative. — 10. Les actes d'autorité et les actes de gestion. — 11. Le principe de cette distinction est juste. — 12. Mais elle est fondée sur une analyse inexacte des procédés de l'Administration. — 13. L'erreur de la théorie des actes d'autorité et de gestion vient d'une fausse conception du caractère juridique des personnes administratives. — 24. Le contentieux administratif par détermination de la loi corrigeait l'erreur que l'on faisait sur le contenu du contentieux par nature.

8. — Cependant, l'idée qu'il y avait des actes qui, par leur nature même, en dehors de toute loi, échappaient à la compétence judiciaire, commençait à se faire jour ⁽¹⁾.

Primitivement, la compétence administrative pour tout ce qui concerne les dettes de l'Etat était, nous l'avons vu, fondée uniquement sur un texte de droit financier : la loi du 26 septembre 1793. Outre ce texte, les arrêts s'appuyaient également sur les lois établissant la séparation des pouvoirs ⁽²⁾. Puis certains arrêts affirmèrent dans leurs considé-

(1) On trouvera dans le petit livre de M. Hauriou, *La gestion administrative*, p. 36 et s., l'histoire doctrinale de la notion de contentieux administratif par nature. Il semble bien que cette idée apparait pour la première fois dans la doctrine dans le livre déjà cité de Chauveau Adolphe : *Principes de compétence et de juridiction administrative*, paru en 1841.

(2) V. Cons. d'Et., 6 déc. 1853, *Rothschild, Rec.*, p. 705.

rants que la marche des services publics ne peut être réglée d'après les principes qui régissent les rapports de particuliers à particuliers (3). C'était, par delà le texte de la loi, remonter à sa raison d'être et donner une justification doctrinale à la séparation des pouvoirs.

Enfin, le célèbre arrêt *Blanco* (4), statuant en matière de responsabilité quasi délictuelle de l'Administration, ne vise plus le texte sur la liquidation des dettes. Le Conseil d'Etat reconnaissait ainsi l'existence d'un contentieux administratif par nature et affirmait une compétence découlant, non plus de l'attribution législative, mais de la nature même de l'organisation administrative.

9. — Il appartenait dès lors à la jurisprudence et à la doctrine de faire subir à cette notion de contentieux administratif par nature une analyse serrée et de s'efforcer de délimiter avec le plus de précision possible les frontières de ce contentieux.

Le premier résultat de ce travail jurisprudentiel fut de restreindre singulièrement le domaine de la compétence administrative. La reconnaissance d'un contentieux administratif par nature était, en effet, l'aboutissement de la jurisprudence par laquelle le Conseil d'Etat atténuait progressivement la rigueur de son interprétation de la séparation des pouvoirs, corrigeant la notion trop étroite de l'acte administratif qu'il s'était formée au début du XIX^e siècle par une compréhension plus juste des attributions fondamentales de l'autorité judiciaire.

Puisqu'il se reconnaissait compétent pour statuer sur les litiges relatifs à un acte administratif par sa nature, sans

(3) Trib. des confl., 6 août 1864, *Dekeister*, S., 62. 3. 139.

(4) Trib. des confl., 8 févr. 1873, *Blanco*, S., 73. 2. 153.

avoir besoin d'y être habilité par un texte de loi, il devait logiquement rejeter hors du contentieux administratif les actes qui ne présentaient pas ce caractère administratif, même s'ils avaient pour auteur un fonctionnaire administratif, même s'ils avaient pour but le fonctionnement d'un service public.

10. — C'est alors que la doctrine fut amenée à étudier de plus près l'activité de l'Administration et à distinguer dans cette activité deux sortes d'actes : les actes de puissance publique et les actes de gestion. Cette distinction, qui a longtemps inspiré la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, sans que ces hautes juridictions l'aient d'ailleurs jamais formulée de manière doctrinale, a été enseignée et développée par les plus notoires théoriciens du droit administratif. Aucoc⁽⁵⁾, Laferrière⁽⁶⁾, Ducrocq⁽⁷⁾, l'ont soutenue tour à tour.

C'est dans le mémorable traité de Laferrière qu'elle a trouvé son expression la plus parfaite et la plus rigoureuse, et c'est d'après ce traité que nous en ferons l'exposé.

Cette doctrine est basée, comme nous le disions précédemment, sur une analyse de l'activité de l'Administration, analyse qui consiste à distinguer dans cette activité deux sortes d'actes : d'une part les actes et les opérations qui se rattachent à l'exercice de la puissance publique; d'autre part, les actes que l'Administration accomplit en qualité de gérant et d'intendant des services publics.

(5) V. AUCOC, *Conférences sur le droit administratif*, 3^e éd., 1883, t. I, n. 292.

(6) LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd., 1896, t. I, p. 484 et s.

(7) DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, 7^e éd., t. I, n. 64 et s. V. aussi BERTHÉLÉMY, *Traité de droit administratif*, 11^e éd., 1923, p. 1088.

Les premiers échappent de plein droit à la compétence judiciaire, sans qu'il soit besoin pour cela d'un texte spécial; ils constituent le domaine du contentieux administratif par nature. Les autres, au contraire, seront normalement de la compétence judiciaire, à moins qu'une loi ne décide la compétence administrative.

11. — La justification donnée par Laferrière d'une répartition des compétences ainsi effectuée est intéressante, parce qu'il avait pressenti le véritable critérium qui doit présider à la distinction des contentieux.

En effet, il y a ceci d'exact dans cette théorie, c'est que seuls les procédés de gestion propres au droit public peuvent justifier la compétence d'un tribunal d'exception, et que, lorsque l'Administration emploie les procédés du droit privé, aucune raison ne s'oppose à ce que ses litiges soient jugés par les juges ordinaires des opérations de droit privé. L'essentiel du procédé de droit public, c'est l'usage du droit de commandement que possède l'Administration, et qui empêche, dans ses rapports avec les particuliers, l'égalité juridique qui est à la base et comme l'hypothèse fondamentale du droit privé : « On doit considérer comme échappant de plein droit à la compétence judiciaire les actes et les opérations qui se rattachent à l'exercice de la puissance publique et qui excèdent à ce titre les facultés des citoyens. Ces facultés, qui sont égales pour tous dans les rapports des individus entre eux, le sont aussi dans leurs rapports avec l'Administration lorsque celle-ci fait, en vertu d'intérêts généraux, ce qu'un simple citoyen pourrait faire en vue d'intérêts particuliers, mais ces facultés ne sont plus égales entre les individus et l'Administration lorsque celle-ci exerce la puissance qui lui a été déléguée. Ce n'est plus alors le principe d'égalité qui domine, mais, au contraire, le prin-

cipe d'autorité, droit de commandement d'un côté, devoir de soumission de l'autre. » (8).

12. — Le principe était juste. C'est dans l'analyse de l'activité de l'Administration que reposait l'erreur qui vicie la théorie des actes d'autorité et de gestion. La distinction, en effet, est trop sommaire. Il y a bien des cas où l'Administration n'agit que par voie de commandement, et d'autres où elle se soumet volontairement aux procédés du droit privé; mais entre les deux il y a toute une gamme de procédés, mélangés de droit commun et de puissance publique, et la théorie des actes d'autorité et des actes de gestion ne fait aucune place à ces actes. En effet, si l'on trouve dans notre droit des actes d'autorité, sans aucune collaboration de volontés particulières, et soustraits à tout recours juridictionnel, comme le sont les actes de gouvernement, et si l'on y trouve des actes de pure patrimonialité, comme le sont les contrats passés pour la gestion du domaine privé, où l'Administration opère comme un simple particulier, il y a entre ces deux pôles toute une gamme d'échelons intermédiaires : l'acte d'administration discrétionnaire, le règlement, l'acte administratif, et, entre celui-ci et le contrat de gestion du domaine privé, des actes évidemment d'essence contractuelle, puisque basés sur un accord de volontés destiné à produire un effet de droit, mais où une analyse exacte fait voir encore de nombreuses traces de puissance publique, soit que la préparation de l'acte soit soumise à des formes spéciales, soit que l'accord de volonté contienne des clauses exorbitantes du droit commun, soit que la situation juridique créée par l'accord de volonté soit entièrement différente de celles de la vie privée (9).

(8) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, p. 478.

(9) La classification des actes en actes d'autorité et en actes de

A dire vrai, Laferrière avait bien vu l'existence d'actes qui portent l'empreinte de la puissance publique et qui ont en même temps un caractère contractuel, puisqu'il rangeait dans le contentieux administratif par nature les « contrats qui sont administratifs par leur nature, et qui échappent de plein droit à la compétence judiciaire ». « Ces sortes de contrats, dit-il, excèdent les facultés que le droit privé reconnaît aux citoyens. Ils ne peuvent se réaliser qu'avec le concours de l'autorité publique et en vertu des pouvoirs dont elle dispose. » (10).

Son seul tort fut de restreindre cette catégorie de contrats et de n'y ranger que ceux dans lesquels l'accord survenu entre l'Administration et les tiers n'est que « l'accessoire, et la condition de l'acte administratif (11), c'est-à-dire les concessions sur le domaine public, les concessions de travaux publics, les actes d'affectations et les engagements militaires (12), au lieu d'y comprendre tous ceux où intervient la puissance publique, qui permet à l'Administration de faire tout ce que le droit privé ne permet pas au particulier d'accomplir, qui détruit cette égalité entre cocontractants, dont Laferrière lui-même fait une des caractéristiques de l'acte de gestion (13).

Si l'on donne à la notion de contrat de nature administrative sa véritable extension, loin d'être limitée à quelques cas

gestion entraînait une classification parallèle des fonctionnaires en fonctionnaires d'autorité et fonctionnaires de gestion, qui conduisait à des conséquences inadmissibles. V. à ce sujet : BERTHÉLEMY, *Traité de droit administratif*, 9^e éd., p. 58, et les objections de M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 1^{re} éd., 1910, p. 484, et de M. DUGUIT, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., 1923, t. III, p. 41.

(10) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. I, p. 604.

(11) LAFERRIÈRE, *op. et loc. cit.*, t.

(12) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, p. 588.

(13) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. I, p. 478.

particuliers, cette notion englobe alors une grande partie des actes de gestion et, en particulier, les marchés de fournitures de l'Etat et les marchés de travaux publics, qui, tant par la procédure spéciale de l'adjudication et par les nombreuses clauses exorbitantes du droit commun contenues dans les cahiers des charges que par les nombreuses obligations, non écrites auxquelles les nécessités du service public astreignent le cocontractant de l'Etat, se trouvent placés sous un régime juridique entièrement différent du droit commun (14).

M. Hauriou (15) a exprimé, il y a déjà longtemps, cette idée avec beaucoup de force : « En fait, dans les contrats administratifs passés pour la gestion des services publics, l'Administration ne traite pas sur pied d'égalité, elle se réserve des privilèges. Outre le privilège de juridiction, faut-il rappeler tous ceux que peut imaginer l'Etat créancier et l'Etat débiteur ? Faut-il rappeler qu'en principe les décisions administratives, dans les relations de l'Etat et de ses entrepreneurs et fournisseurs, ont la même vertu que des décisions juridictionnelles pour les résiliations et la mise en régie ? Que tout contrat passé pour les services publics de l'Etat s'exécute par des décisions administratives et que ces décisions ont le privilège ordinaire de l'exécution provisoire ? Qu'elles permettent toujours à l'Administration d'aller unilatéralement jusqu'au bout de son droit et qu'elles imposent au cocontractant qui veut réclamer l'obligation de prendre le rôle de demandeur ? Qu'en un mot, l'Adminis-

(14) La part faite à la puissance publique dans un grand nombre de situations contractuelles a été très bien dégagée dans un article de M. Ripert, *Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles*, *Revue du droit public*, 1913, p. 1.

(15) HAURIOU, *La gestion administrative*, 1899, p. 74.

tration conserve toujours le privilège du préalable qui est l'attribut essentiel de la puissance publique¹. Il ne faut pas s'en tenir à la façade quand on examine les contrats administratifs; il faut pénétrer dans le détail intérieur. Pour les marchés de travaux publics, par exemple, il faut étudier le cahier des clauses et conditions générales et se rendre compte de la situation subordonnée qu'il faut à l'entrepreneur. Donc, même dans les actes de gestion contractuelle, il n'y a pas la situation d'égalité qui est le propre de la vie privée, il s'y manifeste, au contraire, une inégalité et une subordination qui sont la caractéristique de la puissance publique. »

13. — L'analyse inexacte de l'activité des administrations publiques en actes d'autorité et en actes de gestion reposait sur une conception fausse du caractère juridique des personnes administratives. De ce que l'on retrouve dans l'activité des personnes publiques deux caractères distincts, la puissance publique et la patrimonialité, on en avait conclu soit à la dualité de la personne morale de l'Etat, que l'on décomposait en personnalité publique et en personnalité privée, la première accomplissant les actes de puissance publique, la seconde les actes de gestion, soit à une opposition entre la puissance publique et la personnalité morale.

Cette deuxième théorie, due à Ducrocq (16), ne résiste pas à l'examen. Car l'Etat est une personne morale aussi bien lorsqu'il accomplit des actes d'autorité que lorsqu'il accomplit des actes de gestion (17). En soustrayant la puissance publique à la personnalité morale, on en arrive, d'ail-

(16) DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, 7^e éd., 1897, t. I, p. xxxv.

(17) V. JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux administratif*, 1899, p. 84, et surtout MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, 2^e éd., par Trotabas, t. I, p. 277 et s.

leurs, à mettre l'Etat puissance publique hors du droit. Même si cette théorie pouvait rendre compte de la répartition des compétences en matière de contrats, elle ne pourrait absolument pas se concilier avec les théories actuellement admises sur la responsabilité de la puissance publique.

L'autre théorie, qui oppose la patrimonialité à la puissance publique, soit qu'on y voie un dédoublement des personnes administratives, soit qu'on y voie seulement deux faces absolument distinctes de la même personne, se heurte également à cette dernière objection (18).

Si l'on peut concevoir une organisation du droit public telle que l'activité des personnes administratives puisse se grouper ainsi, soit autour de la puissance publique, soit auteur de la patrimonialité, — une telle organisation se trouve dans l'Empire allemand : le « Fiskus » de la doctrine allemande se rapproche beaucoup, en effet, de la « patrimonialité » des auteurs français, — ce n'est certainement pas celle du droit public français.

Il est si vrai que cette conception inexacte du caractère juridique des personnes administratives est à la base de la théorie des actes d'autorité et de gestion que, lorsque, après

(18) « L'Etat puissance publique et l'Etat personne morale de droit privé constituent en effet un seul et même sujet de droit. Si on les sépare arbitrairement, soit en fractionnant l'Etat en deux personnalités, soit, ce qui revient au même, en limitant l'idée de personnalité à une seule de ses manifestations, celle du droit privé, on sera conduit à des conséquences inadmissibles. Il faudra dire, par exemple, que l'Etat puissance publique n'est pas responsable des actes accomplis par l'Etat personne privée, et réciproquement; que le contrat passé par l'un est pour l'autre *res inter alios acta*; que la chose jugée vis-à-vis de l'un ne l'est pas vis-à-vis de l'autre... »

» En matière de contrats, il est inadmissible que l'Etat puissance publique puisse violer sans indemnité le contrat passé par l'Etat personne privée; les deux actes, contrat et acte d'autorité, sont faits en vue du même intérêt collectif, et par conséquent pour le compte de la même personne. » MICHOUX, *op. cit.*, t. I, p. 298.

1871, les tribunaux allemands ont eu à faire application en Alsace-Lorraine du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, ils sont arrivés à une distinction entre les contestations « de droit civil », dont le contentieux est abandonné aux tribunaux judiciaires, et les contestations de « droit public » de la compétence des tribunaux administratifs, distinction analogue à la doctrine des « actes de gestion » et des « actes d'autorité » (19), mais distinction qui correspondait à la réalité des choses, parce que, vraiment, en droit public allemand, l'activité patrimoniale de l'Etat s'exerce d'une façon absolument distincte de la puissance publique et se trouve personnalisée dans le « Fiskus ». En droit français, nous l'avons vu, il en est tout autrement. Un grand nombre d'actes contractuels passés par l'Administration sont entachés de puissance publique, et c'est bien plutôt à une compénétration de la patrimonialité et de la puissance publique dans les différents actes qu'à une opposition entre ces deux notions, qu'aboutit une analyse du droit positif français.

14. — Il ne faut cependant pas s'étonner que l'on ait mis si longtemps à s'apercevoir de l'erreur de la théorie des actes d'autorité et des actes de gestion en tant que fournissant un critérium pour la répartition des compétences. A côté du contentieux administratif par nature, il y avait le contentieux administratif par détermination de la loi, et celui-ci comprenait la plus grande partie des contrats dans lesquels une analyse exacte aurait permis de discerner des éléments indiscutables de puissance publique.

Le décret du 11 juin 1806 attribuait au Conseil d'Etat la

(19) V., sur cette jurisprudence des tribunaux allemands en Alsace-Lorraine, LAFERRIÈRE, *La compétence de la juridiction administrative en Alsace-Lorraine*, *Revue juridique d'Alsace et de Lorraine*, 1926, p. 5, et la note sous Conseil d'Etat, 1^{er} août 1924, *Bonnal*, S., 26. 3. 27.

connaissance des marchés de fournitures et de transports de l'Etat. La loi du 28 pluviôse an VIII donnait compétence au conseil de préfecture pour les marchés de travaux publics de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics, et était interprétée très largement par la jurisprudence, qui faisait entrer dans les marchés de travaux publics des conventions de natures très diverses : offres de concours, distribution d'eau et de gaz, conventions pour le nettoyage et le balayage des villes, conventions pour l'entretien et le travail des détenus dans les prisons. Enfin, les lois des 17 juillet 1790 et du 26 septembre 1793 étaient interprétées comme attribuant compétence au Conseil d'Etat pour tous les litiges provenant des contrats relatifs à la dette publique.

Ainsi, les tribunaux administratifs, connaissant de ces divers contrats en vertu d'un texte formel, n'eurent pas à leur faire subir une analyse, qui, y démêlant des éléments de puissance publique, leur auraient permis de s'en attribuer le contentieux. Le Conseil d'Etat, connaissant en vertu des différentes lois de tous les contrats qui intéressaient vraiment le fonctionnement des services publics de l'Etat, ne ressentit pas le besoin de modifier une théorie qui n'avait pas eu jusqu'alors de répercussion fâcheuse dans le domaine pratique. L'illogisme manifeste de cette classification, qui, au lieu de faire du contentieux par détermination de la loi un cas particulier du contentieux administratif par nature, créait, au contraire, une opposition entre les deux contentieux et faisait ainsi les exceptions plus nombreuses que la règle, n'aurait peut-être pas suffi à la faire abandonner, si une raison d'une importance pratique considérable n'était pas intervenue. Et cette raison devait provenir, non pas du contentieux des contrats de l'Etat, mais du contentieux des contrats des administrations locales.

CHAPITRE III

LES CONTRATS DES DEPARTEMENTS ET DES COMMUNES

SOMMAIRE. — 15. Le contentieux de la gestion des administrations locales est judiciaire. — 16. Cette solution est illogique. — 17. Le Conseil d'Etat l'abandonne progressivement. — 18. L'arrêt Terrier. — 19. L'arrêt Théron. — 20. Conséquences de ce revirement. L'unification du contentieux de pleine juridiction.

15. — En l'absence de tout texte attribuant compétence aux tribunaux administratifs, les contrats des communes et des départements étaient rangés dans le contentieux judiciaire. Cet état de choses a duré jusqu'à la fin du XIX^e siècle (1).

Tant que l'on avait considéré les départements et les communes comme des personnes privées, et que, par suite, tout leur contentieux avait été judiciaire, il n'y avait rien que de logique dans cette attribution de compétence. Mais des lois de décentralisation étaient intervenues, qui avaient communiqué aux administrations locales de la puissance publique. On fut bien obligé alors de s'apercevoir que le caractère privé que l'on reconnaissait aux départements, aux communes, et aux établissements publics ne correspondait

(1) V. Cons. d'Et., 28 mai 1888, *Commune de Saissac*, *Rec.*, p. 339; Trib. des confl., 28 janv. 1899, *Lagauche*, S., 01. 3. 83; Cons. d'Et., 1^{er} juin 1900, *Moreau*, S., 02. 3. 91; Trib. des confl., *Moreau*, 16 nov. 1901, *Rec.*, p. 809.

pas à la nature des choses; que ces personnes morales ont, au même degré que l'Etat, le caractère administratif.

« Qu'il s'agisse des intérêts nationaux ou des intérêts locaux, du moment où l'on est en présence des besoins collectifs auxquels les personnes publiques sont tenues de pourvoir, la gestion de ces intérêts ne saurait être considérée comme gouvernée nécessairement par les principes du droit civil qui régissent les intérêts privés. » (2).

16. — Déjà, au milieu du xix^e siècle, Serrigny avait senti l'illogisme de cette différence de compétence entre l'Etat, d'une part, et les départements et les communes de l'autre : « Conçoit-on que, pour les marchés de fournitures de pain ou de viande ou d'autres objets analogues, qui intéresseraient un hospice, un bureau de bienfaisance, une caserne, et qui se font dans les formes administratives (3), les contestations doivent se porter devant les tribunaux, tandis que, s'il s'agit de travaux publics intéressant ces mêmes corporations, elles sont de la compétence du conseil de préfecture? Est-ce que la juridiction administrative n'est pas mille fois plus nécessaire pour les marchés de fournitures que pour les marchés de travaux? » (4). Et Serrigny conclut en demandant au législateur d'attribuer compétence aux conseils de préfecture pour le contentieux des marchés de départements, des communes et des établissements publics.

On ne connaissait, en effet, à cette époque, que le contentieux administratif par détermination de la loi. On étendait,

(2) Conclusions de M. le commissaire du gouvernement Romieu dans l'affaire *Terrier*, S., 1903. 3. 25.

(3) En effet, l'ordonnance du 14 novembre 1837 énumère limitativement les cas dans lesquels les communes pourront traiter de gré à gré. Tous les autres marchés doivent être passés avec adjudications.

(4) SERRIGNY, *Organisation de la compétence*, 2^e éd., 1863, t. II, p. 310.

il est vrai, le plus que l'on pouvait la notion des marchés de travaux publics pour y faire rentrer les concessions des services publics de distributions d'eau et de gaz, aussi bien que les contrats passés pour l'entretien des villes (5). Ainsi, la plupart des contrats passés par les communes dans des conditions différentes du droit privé, se trouvaient soustraits à la compétence judiciaire. Mais, outre que cette attribution de compétence au conseil de préfecture était bien artificielle, il y avait tout de même un certain nombre de conventions qui, tout en présentant le caractère administratif, ne pouvaient pas se rattacher à la matière des travaux publics. C'est le cas, par exemple, d'un marché pour la fourniture du pétrole et de l'allumage dans une ville, pour lequel le Conseil d'Etat se reconnaît incompétent, parce qu'il ne s'agit pas d'un marché de travaux publics (6).

17. — Mais du moment qu'à côté du contentieux administratif organisé par des textes de lois attributifs de compétence on reconnaissait l'existence d'un contentieux administratif par nature, et c'était chose faite depuis l'arrêt *Blanco* du 8 février 1873, on devait nécessairement être amené à faire rentrer dans ce contentieux la gestion des services publics communaux. « Cette gestion, dit M. Romieu, ayant par elle-même un caractère public, elle constitue une branche de l'administration publique en général, et, à ce titre, elle doit appartenir au contentieux administratif. » (7).

(5) V. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd., t. I, p. 597.

(6) V. Cons. d'Et., 28 mai 1888, *Commune de Saissac*, *Rec.*, p. 339, et les observations de M. Romieu sous cet arrêt, *Revue générale d'administration*, 1888, t. II, p. 191.

(7) Conclusions sous l'arrêt *Terrier*, S., 1903. 3. 25.

Il était en effet indispensable d'unifier le contentieux administratif, de lui enlever le caractère d'incohérence et d'arbitraire où l'avaient trop longtemps maintenu les théories des actes d'autorité et des actes de gestion, et, comme le faisait remarquer justement M. Hauriou, dans sa note dans l'arrêt *Terrier*, cette unification ne pouvait se faire qu'au profit de la juridiction administrative (8).

Déjà, en 1889, le Conseil d'Etat avait fait un pas dans la voie du rattachement du contentieux départemental et communal au contentieux administratif en se reconnaissant compétent pour statuer sur une contestation entre une commune et un de ses agents (9). Mais on avait, à l'époque, donné à cette compétence un caractère exceptionnel en alléguant que le contrat des fonctionnaires comporte un élément de puissance publique. Cet arrêt, cependant, avait l'intérêt de renoncer à considérer les communes et les départements comme des personnes morales de droit privé.

(8) « L'unification du contentieux administratif ne peut se faire que dans le sens de la compétence de la juridiction administrative et spécialement du Conseil d'Etat pour tout ce qui concerne l'exécution du service public de toutes les administrations, pour la bonne raison que le mouvement est déjà donné en ce sens depuis pas mal d'années et qu'on ne l'arrêtera pas... Il y a en réalité trois questions sur le tapis depuis trente ans : celle du juge de droit commun en matière administrative; celle de l'extension de la compétence administrative aux litiges suscités par les opérations de la vie communale ou départementale, et enfin celle de l'extension de cette même compétence aux litiges suscités par l'exécution des services publics; ces trois questions sont liées l'une à l'autre par un principe secret, à savoir qu'il doit exister un contentieux administratif spontané dont soit naturellement saisi un juge de droit commun, et ce qui a fait jaillir ce principe, c'est la vie administrative elle-même, en provoquant des litiges dans des cas nouveaux qui n'étaient prévus par aucun texte. Les trois questions sont si bien liées que la solution donnée à l'une entraîne logiquement la solution à donner aux autres et que les dernières se sont trouvées préjugées par les premières. » (S., 1903. 3. 23.)

(9) Cons. d'Et., 13 déc. 1889, *Cadot*, S., 92. 3. 17.

En 1902, une nouvelle étape est franchie. Le Conseil d'Etat se reconnaît compétent pour statuer sur une demande d'indemnité dirigée contre une commune pour le dommage causé à un tiers par la faute de son maire (10).

Il ne restait plus au Conseil d'Etat, pour parachever cette évolution, qu'à se reconnaître compétent pour statuer sur un litige résultant d'un contrat passé par un département ou une commune. C'est ce qu'il fit dans son arrêt du 6 février 1903, *Terrier* (11).

18. — Un conseil général avait voté un crédit destiné à verser des primes aux chasseurs de vipères pour les bêtes tuées par eux. Le nombre de vipères tuées fut si considérable que le crédit se trouva épuisé et que le département refusa de verser les primes dues à un chasseur. Dans son recours contre cette décision du département, le chasseur prétendait que, de l'offre du département, résultait un contrat qui devait être observé.

M. Romieu, dans ses conclusions demeurrées célèbres, et que nous avons déjà plusieurs fois citées, conclut à la compétence du Conseil d'Etat pour les motifs que nous venons d'exposer, à savoir : d'une part, que la gestion des départements et des communes n'est pas nécessairement gouvernée par les principes du droit civil, et, d'autre part, qu'il y a lieu d'abandonner la théorie des actes de gestion et des actes d'autorité. Et il édifiait, dans ses conclusions, une théorie générale de la compétence administrative : « Tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, *généraux* ou *locaux*, — soit que l'Administration agisse par voie de contrat, soit

(10) Cons. d'Et., 31 janv. 1902, *Grosson*, S., 04. 3. 136.

(11) S., 1903. 3. 25, avec la note de M. Hauriou.

qu'elle agisse par voie d'autorité, — constitue une opération administrative, qui est par sa nature du domaine de la juridiction administrative au sujet des litiges de toute sorte auxquels elle peut donner lieu. » Dans son arrêt, le Conseil d'Etat ne se prononça pas sur la question de savoir s'il y avait ou non un contrat, il statua en fait et se borna à dire que, « du refus du préfet à admettre la réclamation, est né entre les parties un litige dont il appartient au Conseil d'Etat de connaître ».

19. — Le Conseil d'Etat, toujours prudent, attendait sans doute pour se prononcer explicitement une occasion plus favorable. Mais l'essentiel était fait : s'étant reconnu compétent pour statuer sur l'engagement d'un département, le Conseil d'Etat abandonnait définitivement la théorie de la gestion privée des administrations locales.

L'arrêt *Thérond*, du 4 mars 1910 (12), marque l'aboutissement de cette jurisprudence. Les circonstances étaient plus favorables pour prendre une décision de principe. D'une part, en effet, la jurisprudence, amorcée par l'arrêt *Grosson* (13), qui admettait la compétence administrative pour les rapports entre les personnes morales de droit public et les tiers dans l'ordre quasi délictuel, avait été confirmée et développée par trois arrêts du Tribunal des conflits du 29 février 1908, *Feutry* (14), 11 avril 1908, *de Fonscolombe*, 23 mai 1908, *Joulié* (15). Ainsi, dans le domaine de la responsabilité quasi délictuelle, l'unification du contentieux

(12) Cons. d'Et., 4 mars 1910, *Thérond*, S., 11. 3. 17, avec les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Pichat et la note de M. Hauriou.

(13) Cons. d'Et., 31 janv. 1902, S., 04. 3. 136.

(14) S., 1908. 3. 97.

(15) S., 1909. 3. 49.

était faite. D'autre part, l'espèce se prêtait mieux que celle, un peu spéciale, de l'arrêt *Terrier* à l'édification d'une théorie générale.

Il s'agissait, en effet, d'une de ces concessions de services communaux qui, ne mettant nullement le concessionnaire en rapport avec un ouvrage public, ne pouvaient pas être rattachées au contentieux des travaux publics, et qui cependant mêlaient de si près le concessionnaire au fonctionnement du service qu'il paraissait difficile d'en laisser le contentieux aux tribunaux judiciaires.

La ville de Montpellier avait concédé à un particulier le privilège exclusif de la capture des chiens et de l'enlèvement des bêtes mortes. Le marché n'ayant pas été exécuté, le requérant soumit le litige au conseil de préfecture. Le Conseil d'Etat, saisi en appel, décida que le marché ne saurait être assimilé à un marché de travaux publics, dont il appartiendrait au conseil de préfecture de connaître, et il se reconnaissait compétent avec les considérants suivants : « La ville, en passant ce marché, ayant agi en vue de l'hygiène et de la sécurité de la population, et ayant eu, dès lors, pour but d'assurer un service public, les difficultés qui peuvent résulter de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ce service sont, à défaut d'un texte en attribuant la connaissance à une autre juridiction, de la compétence du Conseil d'Etat. »

Cette fois-ci le Conseil d'Etat affirmait d'une façon formelle et générale sa compétence pour connaître des mesures d'exécution des services des administrations locales, même dans l'ordre contractuel.

20. — Les conséquences logiques de cette jurisprudence étaient considérables.

En s'affirmant compétent, en dehors de tout texte de loi

l'y habilitant formellement, pour connaître du contentieux des contrats des administrations locales, le Conseil d'Etat confirmait avec force l'existence d'un contentieux administratif par nature et faisait rentrer dans ce contentieux administratif toutes les mesures d'exécution des services publics. Le contentieux des contrats de l'Etat, que le décret du 11 juin 1806 attribuait au Conseil d'Etat, rentrait ainsi dans le contentieux administratif par nature. Ce texte devenait inutile, en tout cas n'établissait plus une exception. Certes, il reste encore des attributions législatives de compétence irréductibles à cette règle générale, mais les exceptions cessaient d'être plus nombreuses que la règle.

En décidant que le contentieux de pleine juridiction était, au même titre que le contentieux de l'annulation, un contentieux administratif par nature, les arrêts *Terrier* et *Thérond* faisaient sortir ce contentieux de pleine juridiction du désarroi et de la confusion dans lesquels il était plongé. L'idée que le contentieux de la gestion était un contentieux par détermination de la loi en avait fait « un amas de règles incohérentes sans aucun principe directeur » (16). M. Jacquelin écrivait alors ses *Principes dominants du contentieux administratif*, et il concluait en constatant qu'il n'y a pas de principes. Même les défenseurs de la conception française de la séparation des pouvoirs étaient désarmés. M. Arthur, dans sa réponse à M. Jacquelin, ne trouvait pas d'autre justification que des raisons historiques (17).

(16) HAURIOU, *La gestion administrative*, p. 78.

(17) ARTHUR, *La séparation des pouvoirs*, *Revue du droit public*, 1902-1903, tirage à part, 1905. « On n'arrivera jamais à rendre cela clair, homogène et satisfaisant pour l'esprit, écrit-il à propos de la séparation des pouvoirs. Le mieux serait de ne pas raisonner. La délimitation entre les deux contentieux s'est établie historiquement; nous ne pouvons prétendre qu'à la constater avec exactitude » p. 269 du tirage à part.

C'est l'honneur de M. Hauriou d'avoir dénoncé avec force, dans sa *Gestion administrative* (18), les causes du mal et d'avoir indiqué la voie sur laquelle, quelques années plus tard, le Conseil d'Etat devait s'engager.

Après les arrêts *Terrier* et *Thérond*, il restait encore beaucoup à faire pour organiser une théorie cohérente de la répartition des compétences, mais le principe de l'unification du contentieux de tous les services publics dans un contentieux administratif par nature allait permettre à la doctrine et à la jurisprudence de porter la lumière sur cette branche encore mal connue du droit administratif et d'édifier une théorie juridique de la compétence administrative en matière de contrats.

(18) Notamment p. 78 et s.

DEUXIÈME PARTIE

THÉORIE DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

CHAPITRE PREMIER

LA NOTION DE SERVICE PUBLIC

SOMMAIRE. — 21. Le critérium de la compétence se trouve-t-il dans la notion de services publics? — 22. L'arrêt du Tribunal des conflits : *Comp. d'assurances « Le Soleil »*. — 23. Cet arrêt ne constitue pas une innovation. Il est dans la ligne de la jurisprudence antérieure. — 24. Le Conseil d'Etat affirme nettement cette jurisprudence. L'arrêt *Granit des Vosges*. Ses conséquences. — 25. M. Duguit n'approuve pas cette jurisprudence. Il propose le critérium du service public. — 26. Réfutation de la doctrine de M. Duguit. — 27. Essai d'une classification des services au point de vue de la compétence. Objections. — 28. Théorie de M. Mestre. Organisation et fonctionnement du service. Réfutation. — 29. Service public et puissance publique.

21. — Cette théorie juridique des contrats passés par l'Administration ne pouvait pas évidemment être organisée en faisant abstraction des idées directrices du droit administratif. La première tendance, et aussi bien la rédaction des arrêts que les conclusions des commissaires du gouvernement semblaient y inviter, fut de rattacher le critérium de compétence à la notion de service public. C'était, disait-on, le but pour lequel est passé le contrat qui entraîne la compétence. Les considérants de l'arrêt *Thérond* semblaient admettre cette théorie : « La ville, en passant ce marché, ayant agi en vue de l'hygiène et de la sécurité de la population, et ayant eu dès lors *pour but* d'assurer un service public, les difficultés qui peuvent résulter de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ce service sont, à défaut d'un texte

en attribuant la compétence à une autre juridiction, de la compétence du Conseil d'Etat. » (1). M. Romieu, dans ses conclusions sous l'arrêt *Terrier* (2), n'avait pas été moins catégorique : « Toutes les actions entre les personnes publiques et les tiers ou entre ces personnes publiques elles-mêmes, et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public, sont de la compétence administrative et relèvent, à défaut d'un texte spécial, du Conseil d'Etat, juge de droit commun du contentieux de l'Administration publique, générale ou locale. »

22. — Cependant, le Tribunal des conflits n'acceptait pas cette manière de voir et, dans un arrêt du 4 juin 1910, *Compagnie d'assurances « Le Soleil »* (3), décidait que les tribunaux de l'ordre judiciaire étaient compétents pour connaître du dommage causé par des troupes dans un immeuble mis par une ville à la disposition de l'autorité militaire, non en vertu d'un acte régulier et permanent d'affectation, mais en vertu d'un accord, qui, par sa nature et ses effets, rentre dans les contrats de droit civil. Cet arrêt ne fut pas immédiatement compris par les commentateurs.

M. Jéze (4) y vit une contradiction avec la jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Thérond* et ne put expliquer cette contradiction que par le fait que le commissaire du gouvernement, conformément aux conclusions duquel avait été rendu l'arrêt, M. Feuilloley, appartenait à l'ordre judiciaire, et par

(1) Cons. d'Et., 4 mars 1910, S., 41. 3. 17.

(2) Cons. d'Et., 6 févr. 1903, S., 03. 3. 25.

(3) S., 1912. 3. 154, avec les conclusions de M. le conseiller Feuilloley.

(4) *Revue du droit public*, 1912, p. 471. V. aussi DUGUIT, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., t. III, 1923, p. 41 et s. M. Jéze, dans son ouvrage récent sur les *Contrats administratifs*, est revenu sur son interprétation d'alors et il considère à juste titre que la jurisprudence actuelle est bien dans la ligne des arrêts *Terrier* et *Thérond*.

l'ignorance dans laquelle se trouvaient probablement les membres du Tribunal des conflits de l'arrêt *Thérond*, qui n'avait été rendu que trois mois auparavant et n'était pas encore publié à cette époque.

23. — Cependant, cette jurisprudence n'était pas nouvelle, et si elle ne pouvait pas se déduire des considérants des arrêts *Terrier* et *Thérond*, du moins n'avait-elle rien de contradictoire avec la nouvelle jurisprudence qu'ils inauguraient. Si M. Pichat, dans ses conclusions dans l'affaire *Thérond*, a tellement insisté sur le but et l'objet du contrat, c'est qu'il tenait surtout à démontrer qu'il ne s'agissait pas d'une question de travaux publics et que, par conséquent, le conseil de préfecture n'était pas compétent (5). Il ne faut pas oublier en effet, que pendant longtemps on avait tendance à élargir outre mesure la notion de travail public pour faire attribuer compétence aux tribunaux administratifs dans le plus grand nombre de litiges possible (6). Mais, dans ses conclusions dans l'affaire *Terrier*, M. Romieu avait formellement prévu la compétence judiciaire pour certains contrats passés dans l'intérêt des services publics. « Il demeure entendu, disait-il, qu'il faut réserver pour les établissements et les communes, comme pour l'Etat, les circonstances où l'Administration doit être réputée agir dans les mêmes conditions qu'un particulier et se trouve soumise aux mêmes règles comme aux mêmes juridictions. » (7).

Le conseiller Feuilloley, dans ses conclusions dans l'affaire de la *Compagnie d'assurances « Le Soleil »* n'a fait que reprendre la même idée : « Le local a été mis à la disposi-

(5) V. JÈZE, *Les contrats administratifs*, 1927, p. 24.

(6) V. *supra*, n. 16, et la note de M. Hauriou sous cet arrêt, S., 1911. 3. 17.

(7) S., 1903. 3. 25.

tion de l'autorité militaire, c'est-à-dire de l'Etat, par un accord intervenu entre lui et la municipalité de Bernay. Il s'est ainsi formé entre les parties un véritable contrat, très nettement caractérisé par un concours de volonté, par le *duorum in idem placitum consensus* du droit romain. En l'espèce un contrat innomé, mais incontestablement un contrat de *droit civil*, qui donne naissance de part et d'autres à des *obligations de droit commun*. » Après avoir montré que les questions soulevées par le litige n'étaient que des problèmes analogues à ceux du droit civil, le conseiller Feuilleley concluait : « En quoi un pareil débat intéresse-t-il le principe supérieur de l'indépendance réciproque de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire? Jamais le fameux article 13 du titre 2 de la loi des 16-24 août 1790 et la loi du 16 fructidor an III n'ont été faits pour des cas de cette nature. »

24. — Le Conseil d'Etat allait d'ailleurs, peu de temps après, consacrer cette manière de voir et adopter la jurisprudence du Tribunal des conflits en décidant dans son arrêt du 31 juillet 1912, *Granit porphyroïde des Vosges* (8), que la juridiction administrative est incompétente pour connaître des contestations soulevées par l'exécution d'un marché, passé par une commune, qui était exclusif de tous travaux à exécuter et qui aurait pour objet unique des fournitures à livrer selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers. Le commissaire du gouvernement, M. Blum, proposait au Conseil d'Etat d'adopter cette solution, reprenait les termes même des conclusions de MM. Romieu et Feuilleley, que nous citons plus haut : « La

(8) S., 1917. 3. 15, avec les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Léon Blum.

commune a passé, dans les conditions du droit commun, un contrat d'un type nettement déterminé par le Code civil, qui est purement et simplement un contrat de vente; c'est à l'autorité judiciaire que ressortit le contentieux de ce contrat. »

Cette jurisprudence est toujours en vigueur. Le Conseil d'Etat a beaucoup hésité, il hésite peut-être encore à trouver un critérium permettant de distinguer, parmi les contrats passés par les services publics, ceux qui sont du ressort de sa compétence et ceux que l'on peut abandonner aux tribunaux de l'ordre judiciaire, mais il est certain qu'en l'état actuel de la jurisprudence, on ne saurait prétendre que tous les litiges quelconques soulevés par le fonctionnement des services publics échappent à la compétence judiciaire. La jurisprudence réserve formellement à celle-ci la connaissance de tous les litiges relatifs à des engagements passés par l'Administration dans les formes de la vie civile.

M. Hauriou, dans sa note sous l'arrêt *Terrier* (9), était prophète, une fois de plus, quand il assignait comme tâche à la jurisprudence « de déduire avec logique toutes les conséquences de ce fait que l'Administration peut elle-même civiliser ses engagements en employant les formes de la vie civile ». C'était en effet à ce travail qu'allaient s'appliquer la jurisprudence et la doctrine pendant le premier quart du xx^e siècle.

Quoi qu'il puisse paraître au premier abord, ces conséquences ne sont pas évidentes. Dans bien des cas, l'Administration semble contracter d'une façon semblable à un simple particulier, et puis une analyse un peu plus serrée des circonstances de la cause fait voir au contraire que les opéra-

(9) S., 1903. 3, 23.

tions ont nécessité l'intervention de la puissance publique et que la connaissance du litige doit être réservée à l'autorité administrative.

25. — Cette difficulté de trouver un critérium de distinction simple entraîne évidemment quelques contrariétés de jurisprudence entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat (10), et quelquefois même entre deux arrêts du Conseil d'Etat lui-même à quelques années d'intervalle (11). Ces divergences sont évidemment fâcheuses, mais suffisent-elles à justifier les protestations de M. Duguit, qui estime que « sous l'action de causes qu'il est difficile de déterminer, la jurisprudence du Conseil d'Etat traverse actuellement une période de trouble et de régression. » (12).

Pour M. Duguit, la seule solution logique consiste à attribuer aux tribunaux administratifs la connaissance de tous les litiges relatifs au service public : « Ce qui donne à un contrat le caractère administratif et fonde la compétence des tribunaux administratifs, c'est le but de service public en vue duquel il est fait... Il est d'évidence que ce qui fait

(10) V., par exemple, à propos de la compétence pour les contrats d'assurance maritime passés pendant la guerre en vertu de la loi du 19 avril 1917 : la Cour de cassation se déclara compétente (Cass. req., 30 janv. 1923, S., 24. 1. 29, et la note de M. Mestre). Un an plus tard, le Conseil d'Etat se reconnut compétent pour statuer sur une espèce identique, Cons. d'Et., 23 mai 1924, *Société les affréteurs réunis*, S., 26. 3. 10, avec les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Rivet, et la note, et *infra*, n. 77.

(11) V., par exemple, le cas des litiges relatifs à l'exécution des contrats de cession de grains passés entre l'Etat et les particuliers pendant la guerre. Par l'arrêt *Groussard* du 7 juillet 1922, le Conseil d'Etat avait décidé qu'il s'agissait de contrats de droit commun, de la compétence de l'autorité judiciaire; au contraire, le 29 mai 1923, l'arrêt *Société des Moulins Brestois* déclare que ces contrats sont de la compétence du Conseil d'Etat. V. la note sous ces deux arrêts, S., 26. 3. 29, et *infra*, n. 78.

(12) DUGUIT, *op. cit.*, p. 43.

la gestion publique, c'est précisément le but de service public qui est poursuivi. Je défie qu'on trouve un autre critérium de la distinction. » (13).

26. — Avant d'essayer de relever le défi de l'éminent doyen de Bordeaux, il nous faut d'abord dire pourquoi il nous paraît difficile d'accepter sa théorie. On pourrait d'abord lui reprocher, et il ne se le dissimule pas, que cette théorie ne rend pas compte de la jurisprudence établie au moment où il écrivait; or, cette jurisprudence s'est poursuivie depuis, dans ses grandes lignes, d'une façon constante, et rien ne fait prévoir qu'elle doive se modifier. Or, si le rôle de la doctrine ne doit pas se borner à enregistrer sans discussion les résultats de la jurisprudence, il n'en est pas moins vrai que, lorsqu'on se trouve en face d'une jurisprudence bien établie, la seule méthode scientifique consiste à essayer d'élaborer une théorie qui en rende compte tout en cadrant dans l'ensemble du droit positif. Nous ne croyons pas que les théories juridiques, pas plus d'ailleurs que les autres théories scientifiques, aient une valeur absolue. Ce ne sont que des hypothèses, et l'on doit admettre provisoirement pour vraie celle qui rend compte du plus grand nombre de faits et écarter les autres.

L'adoption de la doctrine de M. Duguit conduirait à une extension énorme de la compétence administrative. Comme dans les premières années du xix^e siècle, il faudrait attribuer au Conseil d'Etat la connaissance de tous les litiges où est intéressée l'Administration. Tout le travail d'analyse, accompli aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence depuis l'arrêt *Blanco*, tout ce travail qui, nous l'avons fait voir dans la première partie de cet ouvrage, a consisté à

(13) DUGUIT, *op. cit.*, p. 44.

établir, par des distinctions qui serraient de plus en plus la réalité des choses, les frontières rationnelles du domaine de la compétence administrative n'aurait servi à rien. Au surplus, cette théorie qui fait dériver du seul but de l'acte son caractère administratif est un véritable engrenage. Où s'arrêterait-on ? Pourquoi ne rattacherait-on pas aussi au contentieux administratif les contrats conclus pour la gestion du domaine privé puisque, en définitive, les ressources du domaine privé doivent, comme les ressources publiques, servir à couvrir les dépenses occasionnées par les besoins de la collectivité ?

Cette solution serait d'ailleurs, si l'on adoptait le critérium du service public, non seulement la seule logique, mais encore la seule commode. Car si l'on admet que le service public doit déterminer la compétence, et si l'on n'admet pas que toute l'activité de l'Administration doit échapper aux tribunaux judiciaires, il faut alors faire des distinctions dans les différents modes de cette activité. Comment distinguera-t-on ceux qui vraiment sont des services publics ? Il n'y a pas moyen de les reconnaître autrement que par les procédés spéciaux qu'ils emploient, procédés différents de ceux de la vie civile.

27. — D'autres tentatives ont été faites pour essayer d'organiser la théorie de la compétence en matière de contrat sur la base du service public. Se rendant compte de l'impossibilité d'attribuer compétence aux tribunaux administratifs pour tous les litiges relatifs aux contrats passés par les services publics, les auteurs ont eu recours à des distinctions qui, en théorie, seraient séduisantes, mais qui, selon nous, ne correspondent pas à l'état actuel de la jurisprudence.

Dans ses conclusions dans l'affaire des *Affréteurs réu-*

nis (14), M. Rivet, après avoir rappelé que, depuis l'arrêt *Granit des Vosges*, le Conseil d'Etat a toujours « hésité à retenir les litiges n'offrant avec les litiges privés aucune marque distinctive » analyse ainsi l'orientation de la jurisprudence qui date de cet arrêt. « La nature de certains services, justice, collation des grades universitaires, les fait apparaître comme insusceptibles d'être gérés par d'autres que l'Etat ou les personnes morales qui en sont détachées. Des difficultés auxquelles pourra donner lieu la gestion de ces services, les tribunaux administratifs seront en général tout naturellement appelés à connaître; parce que, entre la gestion à laquelle s'est livrée l'Administration et une gestion particulière, n'existe aucune possibilité d'assimilation, et que les règles propres qu'ont dû appliquer les représentants de la personne publique pour assurer la marche d'un rouage indispensable à la vie commune ne sauraient, sans atteinte à la séparation des pouvoirs, être soumise au contrôle des tribunaux du droit commun. » De plus, le Conseil d'Etat aura à connaître de toute une série de recours concernant les monopoles fiscaux, « les intérêts spéciaux qui s'attachent à leur fonctionnement évoquent encore l'idée d'une situation anormale, qui explique et justifie, le cas échéant, l'intervention d'un juge d'exception ». Quant aux services industriels gérés sans monopole, les litiges que pourraient soulever leur gestion sont du domaine des tribunaux civils (15).

(14) Cons. d'Et., 23 mai 1924, S., 26. 3. 10.

(15) Nous nous étendons un peu longuement sur ces conclusions de M. Rivet parce qu'elles expriment une tendance assez répandue à ce moment-là. V., par exemple, les conclusions de M. Matter dans l'affaire soumise au Tribunal des conflits, le 22 janvier 1921, *Colonie de la Côte d'Ivoire* (S., 24. 3. 36) : « Certains services sont de la nature, de l'essence même de l'Etat ou de l'Administration publique; il est néces-

Comme on le voit, c'est d'après la nature du service que M. Rivet voudrait voir déterminer la compétence. Mais comment distinguer ces services les uns des autres? « Les services insusceptibles d'être gérés par d'autres que par l'Etat... » C'est là un critérium tout subjectif. L'exemple qu'en donne M. Rivet est bien concluant : la collation des grades universitaires. Dans bien des pays, les facultés libres délivrent des grades, et en France même, de bons esprits pensent que c'est le complément indispensable de la liberté de l'enseignement.

La seule chose que l'on puisse dire, c'est qu'en fait, de tels services sont à l'heure actuelle réservés à l'Etat. C'est le cas de tous les monopoles non fiscaux, auxquels M. Rivet ne fait d'ailleurs aucune place dans sa classification. Alors, comment reconnaîtra-t-on ces services? M. Rivet nous le dit lui-même : « aux règles propres qu'ont dû appliquer les représentants de la personne publique pour assurer la marche d'un rouage indispensable à la vie commune », à la gestion publique.

Et comme, M. Rivet le reconnaît, les services de nature nécessairement et exclusivement publique peuvent contrac-

saire que le principe de la séparation des pouvoirs en garantisse le plein exercice, et leur contentieux sera de la compétence administrative. D'autres services, au contraire, sont de nature privée et, s'ils sont entrepris par l'Etat, ce n'est qu'occasionnellement, qu'accidentellement... les contestations que soulève leur exploitation ressortissent naturellement de la juridiction de droit commun. » M. Matter se demande ensuite comment distinguer ces services les uns des autres? Il écarte à juste titre le critérium du monopole. En effet, le contentieux du service public des aliénés a été reconnu administratif, et ce service n'est pas monopolisé. (V. Cons. d'Et., 29 févr. 1908, *Feutry*, S., 08. 3^e 97). « Le vrai critérium, conclut-il, c'est la distinction entre les fonctions normales et les fonctions accidentelles de l'Etat. » Il était difficile d'en trouver un plus mauvais.

ter dans les conditions de la vie civile, et que dans ce cas la compétence est judiciaire, comme d'un autre côté les services industriels même non monopolisés peuvent donner lieu à la passation de contrat « de physionomie spéciale » dont le Conseil d'Etat retiendra le contentieux, il en résulte que cette classification des services publics, pour intéressante qu'elle soit, ne peut donner qu'une idée approximative de la répartition des compétences et que ce n'est pas de ce côté-là qu'il faut chercher un critérium.

28. — M. Mestre, dans une note au *Sirey* (16), propose de rechercher le critérium, non pas dans une classification des services, mais dans une analyse de leur fonctionnement. Tout service public peut évidemment être considéré à deux points de vue très différents, son organisation et son fonctionnement : l'aménagement d'un service nous met en présence de l'Administration même s'organisant pour agir... Toutes ces opérations sont essentiellement administratives, en ce sens qu'elles se produisent à l'intérieur de l'Administration. Dans cette tâche d'organisation, celle-ci n'a point à agir au dehors, à entrer en contact avec des éléments qui lui sont extérieurs. » Le fonctionnement du service, au contraire, met le service en rapport avec les usagers et avec les tiers. A quelle répartition de compétences conduit cette analyse? D'abord, pour tous les litiges soulevés à propos de l'aménagement des services, compétence administrative. Ensuite, pour le fonctionnement des services, il faut distinguer entre les contrats passés pour l'approvisionnement des services, qui seraient également de la compétence administrative et ceux passés pour les usagers, qui seraient remis à la juridiction civile.

(16) S., 1924. 4. 29.

Cette théorie est simple et séduisante. Elle rend compte d'un certain nombre de règles de compétences, mais seulement d'une façon approximative. Il y a en effet des cas, et très nombreux, où l'Administration contracte pour l'approvisionnement de ces services dans les mêmes conditions qu'un particulier (17), et les litiges qui se produisent relativement à ces contrats sont de la compétence administrative; il y a également des cas où l'Administration impose aux usagers de ses services des clauses exorbitantes du droit commun ou un régime juridique spécial et la compétence est administrative (18).

Le mérite de la classification de M. Mestre consiste en ce que, évidemment, la plupart des contrats passés pour l'approvisionnement des services sont soumis au régime administratif (surtout en ce qui concerne les services de l'Etat) et qu'au contraire lorsque l'Administration se sert du procédé du contrat pour mettre ses services à la disposition des usagers, c'est généralement dans les mêmes conditions qu'un particulier. Mais il y a des exceptions fort nombreuses, et là encore on ne pourra les déterminer que par une analyse non pas du but du contrat, mais de ses dispositions et du régime juridique auquel il est soumis.

29. — On voit donc que, quelle que soit la façon dont on envisage le problème de la compétence en matière de contrat, il est impossible de rendre compte de la jurisprudence en se plaçant du seul point de vue du service public. On ne peut pas faire abstraction des procédés spéciaux qu'emploie l'Administration pour le fonctionnement de ses services, procédés qui supposent des pouvoirs exorbitants

(17) V. Cons. d'Et., 31 juill. 1912, *Granit porphyroïde des Vosges*, S., 17. 3. 15.

(18) V. Cons. d'Et., 23 mai 1924, *Affréteurs réunis*, S., 26. 3. 10.

du droit commun, de la contrainte, en un mot, de la puissance publique.

Ceci ne veut pas dire que nous repoussons la notion de service public. A la différence de leurs adversaires, qui repoussent la notion de puissance publique, les partisans de cette notion admettent celle de service public (49). Ils estiment seulement que c'est la notion de puissance publique qui doit dominer. Et ce sont eux les vrais réalistes. En effet, pour ne raisonner que sur la matière qui nous occupe, il semble évident que lorsqu'on se trouvera en face d'une opération administrative contractuelle, il pourra être assez difficile de savoir si elle a été passée ou non en vue d'un service public. Au contraire, une analyse exacte des procédés employés dans cette opération révélera si, oui ou non, l'Administration s'est servie de procédés exorbitants du droit commun, si elle a usé de la contrainte, ou si, au contraire, elle n'a usé que des formes de la vie civile. Dans ce dernier cas, compétence judiciaire, dans l'autre, au contraire, compétence administrative, puisqu'il y aura à apprécier des procédés de gestion propres à l'Administration.

Or, la puissance publique n'est pas autre chose que le pouvoir qu'ont les organes de l'Administration d'user, pour l'exécution des services publics, de procédés qui ne seraient pas tolérés à des particuliers pour la gestion de leurs propres affaires. Il est évident que c'est le but poursuivi qui justifie l'emploi de ces procédés spéciaux. Mais pour le praticien ce sont ces procédés qui constituent le fait, la donnée immédiate, et c'est de leur emploi ou non par l'Administration que doit résulter la compétence administrative ou la compétence judiciaire.

(49) V., sur ce point et sur toute la discussion qui précède, la belle préface de la 11^e édition du *Précis de droit administratif* de M. Hauriou.

En résumé, si la jurisprudence, entre 1903 et 1912, c'est-à-dire entre les arrêts *Terrier* et *Granit porphyroïdes des Vosges*, a pu voir dans le fonctionnement et dans l'organisation des services un domaine réservé où les tribunaux judiciaires ne sauraient avoir accès sans porter atteinte à la séparation des pouvoirs, c'est parce que les principaux litiges qui ont été soumis pendant cette période au Conseil d'Etat portaient sur le fonctionnement « de services publics d'une nature particulière, plaçant l'Administration, vis-à-vis de ses cocontractants, dans des situations toutes spéciales, évocatrices de rapports nettement différents de ceux dont les juridictions civiles sont normalement appelées à connaître » (20). Mais quand le cocontractant sera dans la même situation que vis-à-vis d'un particulier, la compétence sera judiciaire.

(20) Conclusions de M. le commissaire du gouvernement Rivet, sous Cons. d'Et., 23 mai 1924, *Affréteurs réunis*, S., 26. 3. 10.

CHAPITRE II

LES CONTRATS ADMINISTRATIFS LEUR EXISTENCE

SOMMAIRE. — 30. La jurisprudence actuelle se place au point de vue de la nature juridique du contrat. — 31. L'expression de contrats administratifs. — 32. La critique de M. Duguit. — 33. Cette critique est basée sur une confusion entre l'existence des contrats administratifs et le critérium permettant de les distinguer. — 34. Le droit administratif est un droit différent du droit civil.

30. — Ce n'est donc pas dans le but en vue duquel est passé le contrat qu'il faut chercher le critérium de compétence, mais dans l'analyse de la situation juridique dans laquelle se trouve placé le cocontractant de l'Administration vis-à-vis de celle-ci. C'est dans cette direction, nous l'avons vu, que la jurisprudence s'est nettement orientée après l'arrêt *Thérond*.

Est-il possible de préciser davantage cette notion de rapports juridiques spéciaux nés à propos de certains contrats passés par l'Administration? ou bien faudra-t-il admettre que la prérogative de l'Administration peut s'exercer de tant de manières différentes qu'il est impossible de les synthétiser en une théorie cohérente et qu'il faut laisser aux tribunaux le soin d'examiner chaque espèce et de statuer en fait dans chaque cas déterminé? Si nous en arrivions à cette conclusion, ce serait la condamnation de la voie dans laquelle s'est engagée la jurisprudence.

Le justiciable, en effet, a besoin de règles claires pour savoir devant quel juge il doit porter son procès. Et, on l'oublie peut-être trop souvent, c'est pour lui que la justice est instituée. Il faudrait donc chercher autre chose.

Mais heureusement nous n'en sommes pas là. Les arrêts les plus récents permettent, croyons-nous, de déterminer la frontière des deux compétences en matière de contrat.

31. — Dans presque tous les arrêts rendus ces derniers temps en la matière se retrouve la même formule : le Conseil d'Etat se déclare compétent lorsque la convention qui lui est soumise « présente, dans les conditions où elle a été passée et par sa nature même, le caractère d'un contrat administratif. » (1).

Que faut-il entendre par cette expression de contrats administratifs ? Elle a déjà été maintes fois employée par les auteurs et dans des sens quelque peu différents. Serrigny (2) appelle « baux administratifs » les baux passés par l'Etat, les départements et les communes pour la gestion de leur domaine ; Laferrière (3) se sert de l'expression « contrats administratifs » pour désigner les concessions sur le domaine public, les concessions de travaux publics, les actes d'affectations, les engagements militaires, bref tous les contrats dans lesquels l'accord survenu entre l'Administration et les tiers n'est que l'accessoire et la condition de l'acte administratif. Chez cet auteur, donc, cette expression signifiait déjà une catégorie juridique différente des contrats de droit com-

(1) V., entre autres, Cons. d'Et., 23 mai 1924, *Affréteurs réunis*, S., 26. 3. 10; 7 janv. 1927, *Triller*, S., 27. 3. 22.

(2) SERRIGNY, *Organisation de la compétence*, 2^e éd., 1863, t. II, n. 1073.

(3) LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*. Dans le tome II, d'ailleurs, Laferrière appelle contrats administratifs ceux pour lesquels la compétence est administrative.

mun, et cela suffisait pour les faire échapper de plein droit à la compétence judiciaire.

Cette notion est déjà beaucoup plus proche de celle à laquelle se réfère la jurisprudence actuelle. Nous avons vu ⁽⁴⁾ qu'elle était beaucoup trop étroite chez Laferrière, mais il avait reconnu le principe de contrats de nature administrative. M. Hauriou, dans la *Gestion administrative*, emploie cette expression dans un sens encore plus voisin du sens actuel. « L'acte de gestion contractuelle, écrit-il, est le contrat dit administratif, c'est-à-dire le contrat passé directement pour assurer le fonctionnement d'un service public; il implique par lui-même la collaboration d'un entrepreneur ou d'un fournisseur au concours duquel l'Administration fait appel; tels sont les marchés de travaux publics, les offres de concours en matière de travaux publics, les marchés d'éclairage au gaz, les marchés de fournitures, du moins ceux de l'Etat. » ⁽⁵⁾.

L'expression « contrat administratif » et la notion qu'elle représente avaient donc, dans la doctrine, de bons répondants lorsque M. Blum l'employa dans ses conclusions dans l'affaire *Granit des Vosges* ⁽⁶⁾ : « Quand il s'agit de contrat, il faut donc rechercher non pas en vue de quel objet ce contrat est passé, mais ce qu'est ce contrat par sa nature même. Et pour que le juge administratif soit compétent, il ne suffit pas que la fourniture qui est l'objet du contrat doive être ensuite utilisée pour un service public, il faut que ce contrat, *par lui-même* et de par sa nature propre, soit de ceux qu'une personne publique peut seule passer, qu'il soit, par sa *forme* et sa *contexture*, un contrat administratif. »

(4) V. *supra*, n. 11 et 12.

(5) HAURIOU, *La gestion administrative*, 1899, p. 22.

(6) S., 1917. 3, 25.

32. — Avant de voir si cette notion de contrat administratif correspond bien à la réalité des choses et si elle suffit à rendre compte de l'ensemble de la jurisprudence, il faut d'abord examiner si elle ne constitue pas une hérésie juridique. M. Duguit (7) l'a soutenu avec force. Appréciant le passage des conclusions de M. Blum que nous venons de citer, il écrit : « Dans ses éléments intrinsèques, un contrat a toujours les mêmes caractères. Le contrat est une certaine catégorie juridique et quand les éléments qui le constituent sont réunis, il y a un contrat ayant toujours le même caractère et les mêmes effets. Par conséquent, s'il y a des contrats qui donnent lieu à la compétence des tribunaux administratifs, ce ne peut être qu'à raison du but en vue duquel ils sont faits. Il y a quelque chose d'analogue à ce qui se passe pour les contrats commerciaux. Ce qui fait le contrat commercial et fonde la compétence des tribunaux de commerce, c'est le but commercial en vue duquel il est fait. Il n'y a pas de différence quant au fond entre un contrat civil et un contrat administratif. »

33. — Il faut remarquer, en premier lieu, que M. Duguit confond ici deux choses bien distinctes; d'une part, l'existence des contrats administratifs, d'autre part le critérium permettant de les distinguer. Nous avons dit plus haut ce que nous pensions d'un critérium de distinction des compétences tiré de la notion de service public (8). Mais en admettant même que tous les contrats passés pour le fonctionnement des services publics dussent être de la compétence du Conseil d'Etat, cela n'exclurait pas la possibilité pour ces contrats d'avoir un caractère distinct des contrats de droit civil.

(7) DUGUIT, *op. cit.*, t. III, p. 41.

(8) Cf. *supra*, n. 26.

Dans l'analogie qu'établit M. Duguit entre le droit administratif et le droit commercial, on retrouve la même confusion de l'existence de contrats spéciaux avec le critérium permettant de le distinguer. En admettant même, bien que cette règle comporte d'importantes exceptions⁽⁹⁾, que le but poursuivi par l'auteur de l'acte soit le seul moyen de distinguer l'acte commercial de l'acte civil, il n'en est pas moins vrai que ce n'est pas ce but qui fonde en raison une compétence spéciale. Ce qui est vrai, c'est que le but poursuivi, le commerce, non seulement ne s'accommode pas des règles établies par le Code de procédure civile, mais encore des règles de fond établies par le Code civil.

On a alors établi les règles du Code de commerce, différentes de celles du Code civil, et pour appliquer ces règles on a institué des tribunaux spéciaux. Un contrat commercial diffère donc d'un contrat civil, non seulement par le juge auquel seront soumis les litiges qu'il pourrait soulever, mais encore par les règles qu'on lui appliquera, et cela suffit à en faire un acte d'une nature spéciale, différente de celle des contrats civils⁽¹⁰⁾.

Il ne faudrait pas pousser trop loin l'analogie entre le droit civil et le droit commercial. Mais enfin ne trouve-t-on pas dans le droit administratif quelque chose d'analogue :

(9) La lettre de change, même si son tireur n'est pas commerçant, même si elle est tirée pour régler une opération civile, est un acte de commerce par sa nature même (art. 632 C. com.). De même la loi du 1^{er} août 1893, en ajoutant un nouvel article à la loi du 24 juillet 1867, déclare que désormais toutes les nouvelles sociétés qui se constitueront en la forme de sociétés par actions, *quel que soit l'objet de leurs opérations*, seront considérées comme sociétés de commerce.

(10) N'y a-t-il pas une preuve de cette justification de la compétence par la nature propre de l'acte dans le fait que le Code de commerce donne l'énumération des actes de nature commerciale en tête du titre VI relatif à la compétence (art. 631 et s.).

un droit spécial qui se manifeste non seulement dans les clauses exorbitantes du droit commun contenues dans les contrats, mais encore dans les règles d'interprétation dont se servent les tribunaux administratifs quand ils ont à apprécier un litige relatif à ces contrats.

34. — C'est en effet une idée maintenant bien dégagée par la jurisprudence, que les tribunaux administratifs ne sont pas assujettis au droit civil. Parfois, ils appliquent le Code civil en tant qu'expression des principes généraux du droit (11) et non *in terminis*. D'autres fois, le Conseil d'Etat édifie une théorie juridique sensiblement différente de celle du droit civil sur la même question. C'est le cas, par exemple, de la théorie des quasi-contrats administratifs (12). De même, toute la théorie de la responsabilité quasi délictuelle pour faits de service de l'Administration se présente comme très différente de celle du droit civil (13) : « Les dispositions de l'article 1384 du Code civil sont de droit privé et ne déterminent ni les rapports de l'Etat avec les fonctionnaires publics, les agents et les employés administratifs, ni les conséquences juridiques que ces rapports peuvent produire entre les tiers et l'Etat. » (14).

(11) V. les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Corneille sous Cons. d'Et., 18 juin 1920, *Rigaud*, S., 24. 3. 70.

(12) V. MICHOD, *De la gestion d'affaires appliquée au service public*, *Revue générale d'administration*, 1894, t. II, p. 5 et 146; MESTRE, *Gestion d'affaires et enrichissement sans cause en droit administratif*, *Recueil de législation*, Toulouse, 1913.

(13) V. Trib. des confl., 5 févr. 1873, *Dugave et Branciet*, Blanco, S., 73. 2. 153. — V. aussi sur cette question, en matière de responsabilité pour accidents d'automobile, Cons. d'Et., 22 déc. 1924, *Soc. d'assurances mutuelles*, « *Les travailleurs français* », S., 26. 3. 1, et la note de M. Hauriou.

(14) V. sur cette théorie de la responsabilité, HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., 1927, p. 311 et s.

En matière de contrats, il en est de même. « Dans tout contrat, disait M. le commissaire du gouvernement Corneille en 1918 (15), intéressant le fonctionnement même des services publics, l'Etat ne contracte pas comme un simple particulier. Il ne cherche pas à gérer des intérêts tout restreints, des intérêts d'individualité, des intérêts individuels. Il contracte pour une collectivité, pour le public, pour les usagers du service public, pour l'intérêt collectif en général. Et alors, toutes les fois qu'il passe véritablement un marché de service public, il faut *quelque chose d'autre* que ce que fait un contractant ordinaire. Puisqu'il fait quelque chose d'autre que ce contractant ordinaire, il ne faut pas appliquer à ce quelque chose les *mêmes règles* qu'aux contrats de droit commun, c'est la logique et, par suite, c'est le droit. De là est née l'idée qui est la base de tout le droit administratif moderne, *qu'il y a, dans le contrat de service public, une situation juridique différente de celles qui font l'objet du titre des obligations du Code civil*, situation qui doit se traduire par des différences de principe. »

Ce que M. Corneille appelait contrat de service public, nous l'appelons, avec la jurisprudence, contrat administratif. Mais quel que soit le terme employé, il s'agit bien d'actes d'une nature spéciale, distincts du droit civil. Ces contrats administratifs, comme les contrats civils, sont des accords de volonté, mais la situation juridique créée par cet accord de volonté est d'une nature différente. Il ne rentrerait pas dans le plan de cet ouvrage d'étudier les règles de fond des contrats administratifs. Il est nécessaire cependant de voir rapidement en quoi elles diffèrent des règles du droit commun.

(15) Conclusions dans l'affaire *Eclairage de Poissy*, Cons. d'Et., 8 févr. 1918, S., 24. 3. 3.

CHAPITRE III

CLAUSES ET REGLES D'INTERPRETATION DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

SOMMAIRE. — 35. Clauses exorbitantes du droit commun des contrats dans l'intérêt financier de l'Administration. — 36. Clauses insérées dans l'intérêt du service public. — 37. Clauses en faveur de l'entrepreneur et de son personnel. — 38. Clauses exorbitantes du droit général des obligations. — 39. Les règles d'interprétation des marchés administratifs ne sont pas celles du droit commun. — 40. Le fait du prince et l'imprévision.

35. — Pour se rendre compte du caractère spécial de ces contrats, il n'y a qu'à passer en revue les dispositions essentielles des cahiers des clauses et conditions générales des diverses administrations publiques, des cahiers des charges générales ou spéciales des diverses espèces de marchés, de chacune d'elles et des marchés types rédigés par l'Administration pour les plus importantes catégories de marchés. Dans tous ces documents, on retrouve des dérogations contractuelles au droit commun, fort diverses d'ailleurs, et qu'il est impossible de passer toutes en revue, mais que l'on peut attribuer à trois ordres de considérations différentes : l'intérêt financier de l'Administration, les nécessités du service public et, enfin, comme contre-partie nécessaire, car sans elle on ne trouverait pas de cocontractants, l'intérêt du fournisseur et de l'entrepreneur (1).

(1) On trouvera l'analyse des principaux cahiers des charges dans les répertoires de BÉQUET, V^o *Travaux publics*; FUZIER-HERMANN, V^{is} *Tra-*

Dans l'intérêt financier de l'Administration, les clauses des marchés de fourniture stipulant que la marchandise, contrairement à l'article 1247 du Code civil, est toujours portable, par conséquent qu'elle voyage toujours aux frais et risques du fournisseur; que l'entrepreneur ne pourra, contrairement aux articles 1159 et 1160 du Code civil, invoquer les usages sur les mesurages et les pesées; de même les clauses, comme celle du cahier des charges de l'habillement militaire, stipulant que, si des modifications dans l'espèce où la forme des effets prévues au marché rapportent à l'entrepreneur un bénéfice excédant le gain découlant de son contrat primitif, il doit en tenir compte à l'Etat; de même encore, il est habituellement stipulé que les matières constituées en approvisionnement dans les marchés de fournitures, les matériaux ou les outils dans les marchés de travaux publics sont conservés, moyennant rémunération, par le maître de l'ouvrage en fin d'entreprise.

Toutes les clauses relatives au délai très court laissé à l'entrepreneur pour protester contre les ordres des ingénieurs qui lui paraîtraient excéder les obligations du cahier des charges ainsi qu'à ceux, vraiment draconiens, qui lui sont laissés pour présenter ses observations soit sur les attachements, soit sur les décompte partiels ou définitifs n'ont pas d'autre but que de favoriser les intérêts du Trésor et le bon fonctionnement de la comptabilité publique (2).

36. — Les nécessités du service public imposent aux entre-

vaux publics (concessions, entreprises, marchés de) et Marché administratif.

V. PERREAU, *Les modifications contractuelles au droit commun dans les marchés de l'Etat*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1918, p. 5. Nous empruntons à cet article une grande partie des développements qui vont suivre.

(2) V. PERREAU, *loc. cit.*, p. 16.

preneurs et aux fournisseurs des obligations non moins rigoureuses : l'obligation de fournir une caution qui doit personnellement assurer le service si le fournisseur le laisse en souffrance, de même les dépôts de matières en garanties, les assurances que doit contracter le fournisseur pour garantir contre l'incendie les matières qu'il a en sa possession et qui appartiennent à l'Etat. De même encore, le caractère personnel du marché est généralement beaucoup plus accentué dans les contrats administratifs que dans les contrats civils. En droit civil, l'article 1275 du Code civil interdit bien toute substitution d'un débiteur à un autre sans l'assentiment formel du créancier, mais le débiteur originel peut faire exécuter matériellement son obligation par une autre personne, étant bien entendu qu'il reste personnellement responsable vis-à-vis du créancier (3). Dans les marchés administratifs, il n'en est pas de même, et presque tous les cahiers des charges interdisent cette substitution.

Comme les marchés administratifs sont, le plus souvent, des marchés de longue durée, ils contiennent presque toujours des clauses réservant à l'autorité administrative le pouvoir de modifier les conditions du contrat, parce que les nécessités du service public ont pu varier en cours d'exécution, et il importe qu'elles soient toujours satisfaites.

Mais où le caractère exorbitant du droit commun apparaît le plus nettement, c'est dans les mesures exécutoires organisées par les cahiers des charges à l'encontre des entrepreneurs ou fournisseurs en retard dans les livraisons : amende, mise en régie aux frais de l'entreprise définitive ou provisoire.

37. — Si toutes ces clauses, dont quelques-unes sont très

(3) V. PERREAU, *loc. cit.*, p. 26.

rigoureuses, n'étaient pas accompagnées de stipulations en faveur de l'entrepreneur, il est fort probable que les diverses Administrations ne trouveraient personne pour consentir à traiter avec elles. Aussi les marchés administratifs contiennent en faveur du cocontractant de l'Administration des clauses que l'on n'est pas habitué à rencontrer dans les contrats du droit privé. Ces dérogations au droit commun consistent essentiellement dans la possibilité d'une révision des prix par suite de phénomènes économiques généraux ou de cas fortuits. Certains cahiers, d'ailleurs, refusent tout droit soit à indemnité, soit à résiliation, soit à revision des prix (cahiers des fournitures de l'armée). Celui des ponts et chaussées (art. 33 et 42) prévoit une révision des prix lorsque le supplément de dépenses atteint de sixième du prix des travaux restant à exécuter; le cahier des charges du génie (art. 33) ne prévoit pas de révision des prix, mais la résiliation du marché.

Si l'on ajoute à ce tableau, bien incomplet d'ailleurs, que beaucoup de cahiers des charges prévoient des stipulations en faveur du personnel employé par l'entrepreneur ou le fournisseur, durée minimum de la journée de travail, salaire minimum, allocations familiales, responsabilité pour accidents du travail, et que, corrélativement à ces mesures, ils prévoient, en cas d'augmentation ou de diminution du taux des salaires, une révision des prix qui pourra profiter soit à l'Administration, soit à l'entrepreneur, on se rend compte que les marchés administratifs diffèrent des catégories de contrats prévus au Code civil ou au Code de commerce, qu'ils contiennent fréquemment des dérogations conventionnelles aux règles établies par le droit privé pour ces contrats.

38. — Ces dispositions, auxquelles dérogent les cahiers des charges, ne sont pas d'ordre public, et elles ne suffiraient

pas à faire des contrats administratifs une catégorie juridique distincte.

Mais ces clauses ne sont pas les seules que contiennent les cahiers des charges; à côté de clauses dérogatoires au droit de contrats spéciaux, ils en contiennent d'autres, exorbitantes du droit commun des obligations en général. C'est ainsi que la plupart des cahiers des charges contiennent une clause au terme de laquelle le marché sera résilié de plein droit par la faillite de l'entrepreneur. Le cahier des ponts et chaussées et celui du génie stipulent que, malgré l'article 716 du Code civil, les trésors et, plus généralement, les objets artistiques ou précieux de toute nature découverts au cours des travaux reviendraient à l'Etat. La déclaration d'affectation avec pouvoir irrévocable d'aliéner donné à la Caisse des dépôts et consignations, prévue par l'article 8 du décret du 18 novembre 1882 pour le nantissement des rentes sur l'Etat, équivaut, sans doute, au transfert de garantie employé pour le nantissement des rentes au profit des particuliers, mais est spécial aux marchés administratifs. De même encore, les cahiers des charges des marchés de l'Etat donnent au ministre le pouvoir d'autoriser, en cours de marché, la restitution partielle du cautionnement versé, malgré le principe de l'indivisibilité des sûretés de paiement.

Ainsi, on le voit, non seulement les contrats administratifs présentent le caractère de contrats *sui generis* et ne rentrent dans aucune des catégories du droit civil ou commercial, mais encore ils contiennent presque toujours des clauses exorbitantes du droit commun.

39. — Mais la jurisprudence a poussé plus loin les conséquences du principe, et même, dans le silence du cahier des charges, ne se croit pas obligée d'appliquer le droit commun.

Laferrière fait à ce sujet une distinction qui ne nous paraît plus correspondre à la jurisprudence actuelle : « Pour savoir dans quelle mesure ce droit (le droit commun) leur est applicable, on peut, dit-il, s'inspirer d'une distinction, souvent consacrée par la jurisprudence, entre les principes généraux des contrats, tels qu'ils sont formulés par le Code civil au titre des obligations, et les règles spéciales de contrat déterminées, telles qu'elles sont formulées dans des titres spéciaux du Code civil ou du Code de commerce. » (4).

Pour ces dernières, elles ne s'appliquent pas. « La vérité est que le marché de fournitures et son cahier des charges forment un contrat *sui generis*, réputé complet par lui-même, qui emprunte au droit civil ou commercial les dispositions qu'il croit bonnes, néglige les autres, et n'est pas présumé accepter celles qu'il passe sous silence », et Laferrière en donne des exemples particulièrement typiques(5). Mais il estime que, dans le silence du cahier des charges, les principes généraux sont applicables « parce qu'ils édictent des règles de justice et de raison qui dominent tous les contrats ». Ceci est exact, mais à une condition, qui est devenue très importante depuis la guerre : c'est que ces principes généraux doivent s'accorder aux nécessités du service public, faute de quoi le Conseil d'Etat ne se croira pas tenu de les appliquer.

(4) *Traité de la juridiction administrative*, t. II, p. 144.

(5) La compagnie de transport qui a fait un marché avec l'Etat ne peut pas s'affranchir de ses obligations en faisant l'abandon du fret et du navire, conformément à l'article 216 C. com., Cons. d'Et., 20 déc. 1878, *Valéry, Rec.*, p. 735; 8 mai 1874, *Valéry, Rec.*, p. 420; 18 nov. 1887, *Compagnie transatlantique, Rec.*, p. 733. — Les règles du Code de commerce relatives aux avaries ne sont pas applicables : Cons. d'Et., 19 déc. 1868, *Compagnie transatlantique, Rec.*, p. 1039.

Un autre exemple très intéressant est fourni par l'arrêt du Conseil d'Etat du 6 février 1925, *Gouverneur général de l'Algérie* (S. 26. 3. 39),

Or, avant tout, le service public doit être régulier et continu (6), il doit pouvoir se modifier suivant les besoins de la vie sociale et cesser d'exister lorsqu'il cesse d'être utile, et ce sont ces nécessités du service public qui commandent l'interprétation que les tribunaux administratifs peuvent donner aux contrats administratifs. « Le concontractant, dit M. Jèze (7), n'est pas tenu seulement d'exécuter son obligation comme le ferait un particulier vis-à-vis d'un autre particulier, mais ces obligations devront être interprétées comme s'étendant à tout ce qui est absolument nécessaire pour assurer le fonctionnement continu et régulier du service public auquel il consent à collaborer. » (8).

qui décide que l'article 1794 du Code civil, aux termes duquel le maître peut résilier le marché, bien qu'il soit commencé, par sa simple volonté, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et du manque à gagner, n'est pas applicable aux marchés de travaux publics.

(6) M. Hauriou définit le service public : « une organisation publique de pouvoirs et de mœurs assumant la fonction de rendre au public d'une façon régulière et continue un service déterminé de police au sens élevé du mot. » HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., 1927, p. 16.

(7) *Les contrats administratifs*, 1927, p. 15.

(8) Une application très intéressante de cette idée se trouve dans l'arrêt du 10 janvier 1902, *Déville-lès-Rouen*, S., 02. 3. 17, et la note de M. Hauriou, par lequel le Conseil d'Etat oblige une compagnie gazière qui avait le monopole de l'éclairage d'une ville à fournir de la lumière électrique. L'histoire de cette jurisprudence, relative à la substitution de l'électricité au gaz, est d'ailleurs très instructive. V. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., p. 813. — V. aussi les conclusions de M. Tardieu sous Conseil d'Etat, 29 janv. 1909, *Compagnie des Messageries maritimes*, *Rec.*, p. 116 : « Etant donné que les entrepreneurs, fournisseurs ou concessionnaires de service public sont chargés d'une mission qui présente un intérêt général, les tribunaux administratifs ont le droit, à raison précisément de cet intérêt général qui est en jeu, de se montrer plus sévères dans l'appréciation de la conduite de l'entrepreneur et d'exiger de lui plus d'efforts pour assurer l'exécution de son contrat que les tribunaux judiciaires n'en exigeraient d'un entrepreneur privé. »

La première conséquence de cette idée, c'est que la jurisprudence doit s'interdire toute décision pouvant faire échec aux pouvoirs de l'Administration (9). Le contentieux des contrats administratifs sera donc, sauf de rares exceptions, un contentieux purement pécuniaire. Le juge pourra accorder au cocontractant de l'Administration des indemnités, mais il ne pourra pas prononcer la résiliation. Au contraire, la résiliation est toujours facultative pour l'Etat, et ne peut être annulée par le juge administratif (10).

40. — C'est sur ce principe que sont fondées les deux théories jurisprudentielles qui marquent le mieux le caractère spécial des marchés administratifs : le fait du prince et l'imprévision.

On appelle « fait du prince » ou fait de l'Administration toutes les mesures de la puissance publique qui viennent rompre l'équilibre d'un contrat dans lequel l'Administration est partie. Même dans ce cas, la résiliation ne peut pas être prononcée, le cocontractant n'a droit qu'à une indemnité pécuniaire. Le service public ne peut pas être interrompu (11).

(9) V. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, p. 140; HAURIU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., p. 856; APPLETON, *Traité de contentieux administratif*, p. 396.

(10) V. cependant Cons. d'Et., 17 juin 1898, *Bouisson, Rec.*, p. 432; 24 avril 1899, *Vergé, Rec.*, p. 302; 1^{er} juin 1900, *Roussel, Rec.*, p. 101; 7 août 1900, *d'Adhémar, Rec.*, p. 558.

(11) Voici les principaux arrêts ayant donné lieu à l'application de cette théorie : Cons. d'Et., 8 mars 1901, *Prenet, S.*, 02. 3. 73; 23 janv. 1903, *Chemin de fer économique du Nord, S.*, 04. 3. 49; 19 nov. 1909, *Zeilabadine, S.*, 10. 3. 1; 10 mars 1910, *Ministre des Travaux publics, S.*, 11. 3. 1. Tous ces arrêts sont accompagnés d'une note de M. Hauriou. — V. aussi : Cons. d'Et., 14 mars 1902, *Fichet, Rec.*, p. 189; 4 août 1905, *Chemins de fer de Bône-Guelma, Rec.*, p. 770. — V. encore FURTUNA, *Le fait du prince*, thèse Paris, 1924; ROUBIER, *Influence du changement des circonstances sur les contrats*

La théorie dite de l'imprévision est encore plus caractéristique des procédés spéciaux du Conseil d'Etat dans l'interprétation des contrats administratifs. Bien que les contrats administratifs soient des contrats aléatoires, la jurisprudence admet qu'il y a lieu de déroger à cette règle, au cas où des événements de force majeure, imprévisibles au moment du contrat, ont apporté aux conditions d'exécution des modifications si graves et si profondes qu'elles en ont bouleversé l'économie. C'est là une dérogation formelle à l'article 1148 du Code civil, tel que l'interprète la jurisprudence. En effet, lorsque les cas de force majeure n'ont pas été formellement prévus par les intéressés, ils ne sont une cause d'extinction ou d'allégement des obligations qu'à la double condition qu'ils aient été imprévisibles, — la jurisprudence est très stricte sur ce point, — et qu'ils aient rendu totalement impossible l'exécution de l'obligation.

L'application de cette théorie aux contrats de concessions de services publics eût causé des catastrophes. Toutes les compagnies concessionnaires de gaz et d'électricité eussent été ruinées par la hausse du charbon, au début de la guerre, et obligées d'interrompre leurs services. Or, d'une part, ces compagnies avaient presque toutes fait appel au crédit public. D'autre part, le service public ne doit pas être interrompu (12).

de droit public, thèse Lyon, 1925; ROLLAND, *Du droit pour le législateur d'imposer de nouvelles obligations à un concessionnaire de services publics*, *Revue du droit public*, 1909, p. 520.

(12) Après avoir rappelé que la jurisprudence des tribunaux de l'ordre judiciaire sur la question de la force majeure, dans les contrats, M. Chardenet, dans ses conclusions dans l'affaire *Gaz de Bordeaux* (30 mars 1916, S., 16. 3. 17), ajoute : « Les mêmes règles sont-elles applicables en matière administrative ? Sans doute vous vous conformez aux principes généraux du Code civil, mais vous avez aussi à tenir compte, lorsqu'il s'agit de marchés de travaux publics, de transport de fournitures, des nécessités de l'intérêt général. »

Le Conseil d'Etat décida que le concessionnaire doit continuer d'assurer son service, même dans les conditions désavantageuses où l'ont placé les circonstances imprévisibles, mais la perte (et non pas le manque à gagner) qu'il subit de ce fait doit être compensée par une indemnité (13).

Cette théorie correspond si bien aux nécessités des contrats administratifs qu'édifiée pour les concessions de service public le Conseil d'Etat l'a étendue aux marchés de fournitures (14) et aux marchés de travaux publics, même lorsque ceux-ci se réfèrent à l'article 33 du cahier des clauses et conditions générales qui confère à l'entrepreneur le droit de demander la résiliation de son marché pour une hausse de plus du sixième (15).

Comme on le voit par ces deux exemples du « fait du prince » et de l'imprévision, les nécessités du service public forcent souvent les tribunaux administratifs à appliquer un autre droit que le droit civil aux contrats administratifs. Les contrats administratifs sont bien des contrats spéciaux qui ont leurs règles à eux, règles s'inspirant le plus possible du droit commun et de l'équité, mais tenant compte des nécessités des services pour lesquels sont passés les contrats.

(13) Cette jurisprudence de l'imprévision a donné lieu à un nombre considérable d'arrêts; les plus importants sont : Cons. d'Et., 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux*, S., 16. 3. 17, et la note de M. Hauriou; 25 nov. 1921, *Compagnie des automobiles postales*; 2 mars 1923, *Ville de Versailles*; 20 juill. 1923, *Gaz de Bordeaux*, S., 23. 3. 33, et la note de M. Hauriou. — V. aussi LAPEYRE, *L'imprévision dans les marchés de gaz et d'électricité*, 1923; ALIBERT, *L'imprévision dans les concessions de travaux*, 1924, et le *Précis de droit administratif* de M. Hauriou, 11^e éd., p. 813 et s.

(14) Cons. d'Et., 8 févr. 1918, *Eclairage de Poissy*, S., 24. 3. 3, avec les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Corneille.

(15) V. Cons. d'Et., 30 oct. 1925, *Mas-Gayet*, S., 26. 3. 39, et la note.

CHAPITRE IV

CRITERIUM DE DISTINCTION DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

SOMMAIRE. — 41. L'autonomie du droit administratif est à la fois une conséquence et une justification de la séparation des pouvoirs. — 42. La notion de contrat administratif doit fournir le critérium de distinction des compétences. — 43. Le service public est une condition nécessaire du contrat administratif, mais non suffisante. — 44. Deux critères des contrats administratifs : clauses exorbitantes du droit commun, coopération au service public. — 45. Ces deux conditions ne se confondent pas. — 46. M. Jèze propose une troisième condition. — 47. Conclusion de la seconde partie.

41. — Nous sommes donc arrivé à cette conclusion que le droit administratif met à la disposition de l'Administration des procédés spéciaux et une technique spéciale, non seulement quand elle procède par voie de commandement, mais encore quand elle procède par voie d'accords de volonté. Le droit administratif est, par rapport au droit civil, droit commun des relations entre Français, un droit autonome.

Il est clair que cette autonomie est intimement liée à la séparation des autorités administratives et judiciaires par un rapport de cause à effet. Sans la séparation des pouvoirs, cette autonomie n'aurait pas pu s'établir, et s'il n'y avait pas cette autonomie, l'existence de tribunaux spéciaux ne se justifierait pas. En effet, la technique spéciale du droit administratif n'est, dans sa plus grande partie, écrite nulle

part. Elle est l'œuvre de la jurisprudence et n'est pas codifiée. Elle ne peut pas l'être, parce que, en même temps que de l'équité, il faut qu'elle tienne compte des nécessités du service public. On a pu prévoir certaines conséquences de cette idée et les inscrire soit dans des lois, soit dans des contrats-types, mais on ne peut pas les prévoir toutes. Il appartenait au juge administratif de les dégager, et cette élaboration n'aurait pas pu se faire, si le contentieux des opérations administratives avait été remis au juge de droit commun (1).

C'est donc grâce à la séparation des pouvoirs que le droit administratif a pu se constituer comme une technique spéciale et comme un droit autonome. Mais cette élaboration n'est pas terminée. Les nécessités du service public changent sans cesse, et elles justifient encore un juge d'exception. Le juge de droit commun ne pourrait pas appliquer ce droit spécial ni, à plus forte raison, l'élaborer en cas de besoin. Il faut pour cette tâche un magistrat qui soit imprégné des nécessités du service. « Cet assortiment de compétences techniques en matière de travaux publics, de finances, de chemins de fer, de gaz, d'électricité, de mines, etc., dépasse évidemment les possibilités d'un magistrat et même d'un tribunal quelconque de l'ordre judiciaire dont la formation professionnelle est purement relative au commerce de la vie privée. » (2).

(1) « Cette situation de notre droit administratif, par rapport à la loi civile et au juge civil, est due beaucoup moins à la spécialité des lois et règlements administratifs, bien qu'ils y jouent leur rôle, qu'au principe de la séparation des pouvoirs, qui a érigé une barrière infranchissable entre l'autorité judiciaire, juge de droit commun, et les matières administratives. » HAURIU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., p. 28.

(2) HAURIU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., p. 5. V. encore, du même auteur, *op. cit.*, p. 12 : « Le juge chargé du contentieux des

42. — Mais, nous l'avons vu, l'Administration reste libre dans bien des cas, d'employer ou de ne pas employer les procédés spéciaux du droit public. Elle peut même, pour assurer le fonctionnement d'un service public, passer des contrats analogues à ceux du droit privé. Puisque la compétence administrative est liée logiquement à l'emploi des procédés spéciaux du droit public, lorsque l'Administration abandonne ses prérogatives de droit public, elle abandonne en même temps son privilège de juridiction, les tribunaux administratifs ne sont plus compétents. Des arrêts du Conseil d'Etat de plus en plus nombreux l'ont affirmé nettement (3). Par conséquent, c'est bien dans la notion de contrat administratif que se trouve dans l'état actuel de la jurisprudence le critérium de distinction des compétences.

On a reproché à ce critérium d'être d'un emploi difficile et incertain : « La distinction des contrats de droit public et de droit privé, écrit M. Mestre (4), n'est pas plus satisfaisante, l'idée de contrat de droit public est une de ces notions éternellement fuyantes qui défient toute définition précise. Nous ajoutons qu'il y a, en dehors des contrats, toute une

décisions exécutoires et aussi de celui des opérations administratives a besoin d'une compétence d'experts, autant que d'une compétence juridique. » M. JÈZE exprime la même idée : « La détermination précise de ce qui peut être exigé du contractant pour le fonctionnement du service public suppose une tournure d'esprit particulière et une longue expérience. Aussi le droit public français actuel attribue-t-il la compétence des litiges soulevés par les contrats administratifs à des tribunaux spéciaux. » *Les contrats administratifs*, p. 16.

(3) V., entre autres, Cons. d'Et., 6 juill. 1883, *Ministre du Commerce*, *Rec.*, p. 658; 27 mars 1883, *Hutel*, *Rec.*, p. 361; 20 févr. 1920, *Thérès*, *Rec.*, p. 193; 22 déc. 1922, *Lassus*, S., 20. 3. 15; 7 mars 1923, *Hellenic, Transports Steamship Co*, S., 26. 3. 24; *Trib. des confl.*, 9 juin 1923, *Société Vinmont et Co*, S., 26. 3. 39; Cons. d'Et., 14 mai 1926, *Compagnie parisienne de navigation*, S., 26. 3. 59.

(4) S., 1924. 1. 129.

zone juridique, pour laquelle cette distinction, alors même qu'elle serait intellectuellement satisfaisante, ne saurait avoir de valeur. »

Cette deuxième objection, nous pensons que l'analyse que nous avons faite dans les chapitres précédents y répond. La notion de contrat administratif ou de contrat de droit public découle tout naturellement de la notion de gestion publique, c'est-à-dire de la gestion par des procédés spéciaux au droit public et sans analogue dans la vie privée. En matière de responsabilité quasi délictuelle comme en matière contractuelle, c'est la gestion publique qui détermine la compétence administrative.

Mais quand M. Mestre reproche à la notion de contrat administratif d'être une notion fuyante et de se prêter mal à une définition précise, l'objection est beaucoup mieux fondée. Nous ne croyons pas cependant que, dans l'état actuel de la jurisprudence, elle soit insoluble.

43. — Le premier point à marquer, qui d'ailleurs n'a jamais fait de difficulté ni dans la doctrine ni dans la jurisprudence, c'est que pour qu'il y ait contrat administratif, il faut qu'il y ait service public. L'Administration ne peut user de sa prérogative que pour subvenir aux besoins d'intérêt général qui se traduisent par la création d'un service public. Le régime juridique spécial des contrats administratifs n'étant, nous l'avons vu, qu'une des manifestations de la prérogative de l'Administration, ne pourra être employé que pour l'exécution des services publics. C'est ainsi que, s'agissant d'une concession de terrain faite par une ville à un particulier, à charge pour ce particulier d'y construire un immeuble, le Conseil d'Etat a décidé que « l'immeuble dont il s'agit n'étant pas destiné à assurer un service public ni à pourvoir à un objet d'utilité publique... les dispositions

du cahier des charges qui règlent les rapports financiers entre la commune et lesdits fermiers ont le caractère d'un contrat de droit commun. » (5).

Le service public est donc une condition nécessaire pour qu'il y ait contrat administratif. Mais cette condition n'est pas suffisante. Lorsqu'il s'agira d'un service public, l'Administration aura le choix entre les deux régimes, celui du droit public et celui du droit privé. Il faut que le cocontractant puisse savoir d'avance à quel régime il sera soumis, car dans l'un ou l'autre cas ses obligations ne seront pas les mêmes.

44. — La jurisprudence n'a pas eu tout de suite une idée très nette du contrat administratif. Dans ses conclusions dans l'affaire *Granit porphyroïde des Vosges*, M. Blum définit d'abord les contrats administratifs : « ceux qu'une personne publique peut seule passer ». Un contrat sera de la compétence du Conseil d'Etat, dit-il, s'il est, « par sa forme et sa *contexture*, un *contrat administratif* ». Plus loin, il ajoute : « Le contrat administratif est celui qui reste influencé et teinté en quelque sorte par le service public, en vue duquel il est conclu, celui qui, par suite, crée et organise un contact, quel qu'il soit, entre le cocontractant et le service public. »

Evidemment, ces définitions sont vagues. On peut cependant y distinguer que l'éminent commissaire du gouvernement hésite entre deux voies; d'une part, les contrats d'une forme et d'une *contexture* spéciale au droit administratif, c'est-à-dire un contrat contenant, comme nous l'avons vu précédemment, des clauses exorbitantes du droit commun,

(5) Cons. d'Et., 12 mai 1922, *Ville de Saint-Malo, Rec.*, p. 413. V. les observations de M. Jèze sur cet arrêt, *Revue du droit public*, 1914, p. 183.

et, d'autre part, les contrats « créant et organisant un contact quelconque entre le cocontractant et le service public » (6). Ces deux critères sont en effet dans la logique de la théorie des contrats administratifs.

L'Administration, qui a, bien souvent, libre choix entre les procédés de droit public et ceux du commerce juridique ordinaire, manifeste sûrement le choix qu'elle a fait des procédés du droit public en insérant dans le contrat quelques-unes de ces clauses exorbitantes du droit commun que nous avons précédemment examinées. Leur présence dans le texte du contrat décèle un contrat administratif et entraîne la compétence du tribunal administratif avec les règles d'interprétation qui lui sont propres.

Il suffirait même d'une clause prévoyant la compétence des tribunaux administratifs pour que le contrat revête le caractère d'un contrat administratif. Non pas que cette clause soit par elle-même attributive de compétence, mais indiquant la volonté des cocontractants de soumettre le litige à la juridiction administrative, elle implique par là même qu'ils acceptent les règles d'interprétation spéciales à ces tribunaux, et par conséquent le contrat ainsi rédigé est bien de la catégorie des contrats administratifs (7).

(6) M. Corneille, dans ses conclusions dans l'affaire *Fromassol*, 3 déc. 1920, *Rec.*, p. 79, classait ainsi les contrats passés par l'Administration : « En ce qui concerne les marchés afférents à des services publics, il y a une gradation que vous avez établie suivant que l'entrepreneur, le fournisseur, *collabore plus ou moins directement au service public*; à ce point de vue, on remarque tout en haut de l'échelle la concession. Il y a, en situation intermédiaire, les marchés de fournitures à longue durée, et à fournitures continues et multiples et en bas de l'échelle le simple marché de fournitures, isolé, unique, qui se rapproche parfois si bien du contrat privé, qui en a adopté si parfaitement les règles et les conditions, que vous le déclarez en dehors de la compétence du juge administratif. »

(7) V. Cons. d'Et., 19 juin 1918, *Société des Voiliers français*, *Rec.*, p. 597 : « L'article 14 du marché prévoit que toutes les contestations

D'un autre côté, il est certain que, si du fait de l'exécution de son contrat le cocontractant de l'Administration se trouve mêlé à l'exécution du service public, si l'exécution de son contrat se trouve être une modalité d'exécution du service public, les règles d'interprétation spéciales au droit administratif, qui ont pour but d'assurer l'exécution régulière et continue du service devront être appliquées et par suite la compétence sera administrative.

45. — Bien souvent, ces deux catégories se confondront, c'est-à-dire que l'Administration, lorsqu'elle demandera au contractant son concours pour l'exécution du service, prendra la précaution d'insérer dans le contrat des clauses en faveur de ce service, qui seront exorbitantes du droit commun. Et d'autre part, lorsqu'elle ne contractera que pour se procurer une fourniture ou un service isolé, ne mêlant nullement le fournisseur au fonctionnement du service, elle traitera suivant les formes du droit commun.

Mais s'il en est ainsi le plus souvent, ce n'est pas une règle générale. L'Administration pourra passer un contrat dont l'exécution mêlera le contractant au service, sans que le contrat soit par sa contexture exorbitant du droit commun. C'est le cas, par exemple, du contrat qui a donné lieu à l'arrêt *Thérond* (8). Il s'agissait dans cette affaire d'un contrat absolument conforme aux contrats de louage de service des articles 1710, 1779, et 1780 du Code civil. Il ne contenait aucune clause exorbitante du droit commun, mais le

seront jugées administrativement. Si cette dernière clause ne pouvait être par elle-même attributive de compétence, elle n'en a pas moins pour effet d'indiquer la commune intention des parties, en ce qui concerne le caractère de la convention intervenue entre elles. Ladite convention est par suite un marché administratif. »

(8) S., 44. 3. 17. V. *supra*, n. 19.

contrat avait pour objet l'exécution d'un service public. Le Conseil d'Etat s'est reconnu compétent. C'était un contrat administratif.

A l'inverse, le contrat peut n'avoir pour objet qu'une fourniture, ne mêlant pas le cocontractant au fonctionnement du service; s'il contient une clause exorbitante du droit commun, ce sera un contrat administratif. C'est ainsi que le Tribunal des conflits a reconnu la compétence administrative pour connaître d'un litige survenu à propos d'un contrat de location d'immeubles, bien que ces sortes de contrats soient en principe des contrats de droit privé, de la compétence judiciaire (9), parce qu'il contenait une clause aux termes de laquelle « les règles générales sur les marchés en vigueur au département de la guerre seront applicables à la présente convention » (10). Ainsi, un contrat passé en vue d'un service public sera administratif s'il remplit une des deux conditions suivantes :

1° Contenir des clauses exorbitantes du droit commun;

2° Mêler le cocontractant au fonctionnement du service.

46. — M. Jèze, qui admet l'existence de ces deux conditions suffisantes, en ajoute une troisième également indépendante des deux autres et suffisante par elle-même pour faire d'un contrat un contrat administratif. Le contrat est administratif lorsque « c'est un contrat se rattachant au fonctionnement d'un service public tel que, par la nature même de ce service public, le contrat implique nécessairement le régime du droit public » (11).

Nous croyons que cette troisième condition est inutile et

(9) V. Cons. d'Et., 28 janv. 1921, *Ville de Béziers, Rec.*, p. 104.

(10) Trib. des confl., 17 juill. 1923, *Société des Magasins Généraux*, S., 26. 3. 13.

(11) JÈZE, *Les contrats administratifs*, p. 49.

que les contrats qui y satisfont rentrent par le fait même dans une des deux catégories précédentes.

Une telle condition tend à réintroduire dans la théorie des contrats administratifs une classification des services publics. Nous avons vu précédemment (12) qu'une telle classification n'était possible qu'en analysant les procédés employés par ces services, pour voir si ce sont des procédés spéciaux au droit public, ou non. M. Jèze en posant cette condition ne fait qu'exprimer l'idée qu'il y a certains services publics qui n'emploient jamais les procédés du droit commun, qui toujours soumettent leurs cocontractants au régime du droit public; c'est possible, bien qu'il soit difficile de l'affirmer. En admettant même que ces services n'aient jamais employé de procédés du droit commun, qui peut répondre qu'ils n'en emploieront pas dans l'avenir? Quoi qu'il en soit, les contrats passés par ces services, ou bien contiennent des clauses exorbitantes du droit commun, ou bien font coopérer le cocontractant à l'exécution du service. Dans un cas comme dans l'autre, ils rentrent dans une des catégories que nous avons distinguées (13).

47. — Nous croyons donc que l'on peut s'en tenir aux deux conditions, l'une et l'autre suffisantes, des clauses exorbitantes du droit commun et de la coopération effective au fonctionnement du service.

Il nous reste à voir que ce sont bien les deux seules qu'ait retenues la jurisprudence. Pour cela, nous examinerons, au seul point de vue de la compétence, les différents contrats passés par l'Administration en les groupant d'après les prestations dont ils font l'objet.

(12) V. *supra*, n. 27.

(13) C'est en matière de louage de services et de contrats avec les usagers que ce critérium a été proposé. V. *infra*, p. 74 et 77.

A peu de chose près, ce sont les têtes de chapitre du Code civil que nous retrouvons dans cette étude. L'objet, en effet, ne change guère. Mais, dans chaque sorte de contrat, l'Administration use de procédés qui vont de la réquisition jusqu'au contrat de droit privé en passant par le contrat administratif.

Cette étude nous permettra de préciser dans la mesure du possible les notions que nous venons de dégager.

TROISIÈME PARTIE

ÉTUDE DES DIFFÉRENTS CONTRATS ADMINISTRATIFS AU POINT DE VUE DE LA COMPÉTENCE

CHAPITRE PREMIER

LES CONTRATS DE FOURNITURES ET DE TRANSPORTS

SOMMAIRE. — 48. Les marchés de fournitures et de transports. — Interprétation du décret du 11 juin 1806. — 49. La compétence en matière de contrats de fournitures de l'Etat. — 50. Les contrats de fournitures des Administrations locales. — 51. Les contrats de transports. — 52. Les contrats d'affrètement. — 53. Les transports effectués par les compagnies de chemins de fer.

48. — Pendant longtemps, on a réservé le nom de marchés de fournitures aux marchés passés par l'Etat pour se procurer, en vue d'un service public, des matières, des denrées ou des transports, c'est-à-dire les marchés que l'article 13 du décret du 11 juin 1806 soumet à la juridiction du Conseil d'Etat.

Cette définition est, dans un sens, trop étroite puisque, nous l'avons vu, il n'y a plus maintenant de différence, au point de vue de la compétence, entre le contentieux des contrats de l'Etat et celui des contrats des Administrations locales. Mais à un autre point de vue cette définition est trop large, puisqu'elle pourrait laisser croire que toutes les opérations contractuelles faites par l'Etat pour subvenir aux besoins d'un service public sont des marchés de fournitures, et, par suite, sont de la compétence du Conseil d'Etat en vertu du décret du 11 juin 1806. Or, il n'en est rien et la jurisprudence du Conseil d'Etat, depuis une vingtaine d'années, s'est

efforcée de faire rentrer le décret de 1806 dans la théorie générale des contrats administratifs.

Laferrière (1) indique déjà que tous les contrats par lesquels l'Etat se procure des fournitures ne sont pas des marchés au sens du décret de 1806. Il en excepte, pour les marchés de fournitures proprement dits, les achats au comptant et les commandes faites verbalement à un marchand ou à un artisan; pour les marchés de transports, « les transports exécutés pour le compte de l'Etat par les compagnies de chemins de fer ou pour toute autre entreprise de transports par terre ou par eau, lorsque l'Administration a usé de ces moyens de transports dans les mêmes conditions que le public ».

Pour cette dernière catégorie de contrats, Laferrière, d'accord avec la jurisprudence (2), avait déjà discerné le critérium actuel de distinction des compétences, critérium tiré, nous l'avons vu, de l'autonomie du droit administratif. Mais pour les contrats de fournitures, il était beaucoup moins catégorique (3) : « Pour qu'il y ait marché dans le sens du décret de 1806, il faut qu'il intervienne entre l'Administration et le fournisseur des conventions réglées par un cahier des charges, ou tout au moins par un contrat spécial, résultant d'une adjudication ou d'un marché de gré à gré et distinct des clauses générales de la concession qui règlent les rapports du concessionnaire avec le public. » (4).

On voit par ce passage que l'on était à cette époque beau-

(1) *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd., t. II, p. 138.

(2) Cons. d'Et., 6 juill. 1883, *Ministre du Commerce, Rec.*, p. 658.

(3) Il semble bien d'ailleurs que la jurisprudence n'abandonnait aux tribunaux judiciaires que les achats au comptant : V. Cass. civ., 28 août 1866, D., 66. 1. 486; 13 juill. 1883, D., 83. 3. 42; 6 déc. 1883, D., 97. 3. 2.

(4) LAFERRIÈRE, *op. et loc. cit.*

coup plus préoccupé d'établir une frontière entre la compétence du Conseil d'Etat et celle du Conseil de préfecture en distinguant le marché de fournitures de la concession de service public (5), que de faire la part de la compétence judiciaire en matière de contrats de fournitures.

49. — Ce n'est que depuis quelques années que le Tribunal des conflits et le Conseil d'Etat s'attachent, pour déterminer la compétence, aux stipulations du contrat et, parmi les contrats de fournitures et de transports, ne retiennent pour la compétence administrative que ceux qui sont des contrats administratifs.

En général, le contrat de fournitures proprement dit ne mêle pas étroitement le cocontractant au fonctionnement du service. Si en effet le fournisseur était chargé de gérer le service, il deviendrait un concessionnaire. Dans ce cas son contrat serait évidemment un contrat administratif. Les marchés de fournitures continues ou multiples associent cependant dans une certaine mesure le fournisseur au fonctionnement du service public (6).

La situation juridique du fournisseur s'en ressent. Presque toujours, ces marchés contiennent des clauses exorbitantes du droit commun, et même s'ils n'en contiennent pas, le fait que le cocontractant est associé au fonctionnement du service entraîne l'application du régime spécial du droit public, la compétence est administrative (7).

(5) Nous avons remarqué, *supra*, n. 23, une préoccupation identique en ce qui concerne le louage de services dans les conclusions de M. Pichat sous l'arrêt *Thérond*.

(6) V. JÈZE, *Les contrats administratifs*, p. 43.

(7) Il faut noter, cependant, que, bien qu'il s'agisse d'une fourniture continue, les contestations auxquelles peut donner lieu l'exécution des marchés passés par le service des ordinaires dans les régiments sont de la compétence judiciaire. V. Cons. d'Et., 25 avril 1913,

S'il s'agit au contraire d'une fourniture isolée, d'un marché de livraison, la compétence sera judiciaire, si toutefois le marché ne contient pas de clauses exorbitantes du droit commun. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a décidé qu'un achat au comptant n'est pas un marché de fournitures (8) et que par suite l'autorité judiciaire est compétente pour en connaître; de même, le Conseil d'Etat est incompétent pour connaître de l'exécution d'un contrat réglant les conditions de cession d'un brevet d'invention, alors « qu'aucune disposition de ce contrat ne lui donne le caractère d'un marché de fournitures » (9).

50. — Il en est de même pour les contrats des départements, des communes et des établissements publics. Certains auteurs soutiennent encore que le contentieux des marchés de fournitures des Administrations locales est toujours judiciaire. « Cependant, écrit M. Appleton, le caractère administratif des marchés les plus importants, même communaux, apparaissait avec une telle évidence que la jurisprudence a réussi, grâce à un détour, à soumettre un grand nombre d'entre eux à la compétence administrative, soit en les assimilant aux marchés de travaux publics, soit en les traitant comme des concessions de services publics, soit en

Chayrigues, Rec., p. 441. Mais ceci ne constitue pas une anomalie. Les allocations de solde, en effet, bien que versées au fonds commun des unités, que l'on appelle l'ordinaire, sont des allocations individuelles. Chaque homme de troupe est réputé avoir reçu matériellement les allocations auxquelles il a droit. Par suite de leur versement à l'ordinaire, les prestations se transforment de deniers publics en deniers privés, ce qui entraîne différentes conséquences, en particulier l'affectation des bonis, pas d'arrêté de débet pour les fournisseurs en faute, cahiers des charges conformes au droit commun et compétence judiciaire.

(8) Cons. d'Et., 20 févr. 1920, *Thérès, Rec.*, p. 193.

(9) Cons. d'Et., 15 nov. 1922, *Bocandé, S.*, 26. 3. 5.

les traitant comme des concessions de services publics. Dans les autres cas, la compétence est demeurée judiciaire sans que de très fortes raisons juridiques aient pu être invoquées en faveur de cette solution. » (10).

Il semble cependant que la raison soit très simple : C'est que, en règle presque générale, aucun droit exorbitant n'est stipulé dans les marchés des Administrations locales; mais si une de ces Administrations passait un marché de fournitures avec des clauses exorbitantes du droit commun ou si, pour assurer l'exécution d'un service comme l'éclairage, elle avait recours au marché de fournitures du lieu de la concession, la compétence serait à n'en pas douter administrative.

Les arrêts cités par M. Appleton ne sont pas concluants. En effet, l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 mars 1898, *Lagauche* (11), décide bien que les contestations auxquelles peuvent donner lieu les marchés de fournitures passés par les départements en vue d'un service départemental sont de la compétence des tribunaux civils, mais cet arrêt est antérieur de cinq ans à l'arrêt *Terrier* qui a marqué l'abandon par la jurisprudence de la théorie des actes de gestion et le fait que cet arrêt visé le décret du 11 juin 1806 montre bien qu'il a été rendu sous l'empire de cette théorie, qui ne laissait la connaissance des contrats aux tribunaux administratifs que par une détermination expresse de la loi. Le seul arrêt

(10) APPLETON, *Traité du contentieux administratif*, 1927, p. 209. M. Hauriou, qui soutenait la même thèse dans son petit *Précis élémentaire*, p. 396 : « Les marchés de fournitures de l'Etat et des colonies sont seuls des contrats administratifs. Ceux des départements, des communes et des établissements sont des contrats privés », a changé d'avis dans la 11^e édition 1927 de son *Précis*, p. 856. — V. sur ce point, JÈZE, *Les contrats administratifs*, p. 35 et s.

(11) *Rec.*, p. 215, cet arrêt a été confirmé par un arrêt du Tribunal des conflits du 28 janvier 1899, S., 01. 3. 83.

topique en la matière qui soit postérieur à l'arrêt *Terrier* est l'arrêt du 31 juillet 1912, *Granit porphyroïde des Vosges* (12). Par cet arrêt, le Conseil d'Etat se déclare incompétent pour connaître d'un marché de livraison passé par une commune; mais, même si les conclusions du commissaire du gouvernement Blum n'étaient pas si explicites sur la véritable portée de cet arrêt, sa rédaction est suffisamment significative : « La juridiction administrative est incompétente pour connaître des contestations soulevées par l'exécution d'un marché passé par une commune... qui avait pour objet unique des fournitures à livrer selon *les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers*. » On peut donc déduire de cet arrêt que si une commune ou un département passait un marché dans des conditions différentes de celles usitées entre particuliers, la compétence serait administrative, et que, par suite, l'unification du contentieux administratif accomplie à la suite des arrêts *Terrier et Théron* (13) s'étend aux marchés de fournitures.

On voit donc que, pour les marchés de fournitures de toutes les Administrations, la théorie des contrats administratifs rend compte de la répartition des compétences, et qu'un marché de fournitures, quelle que soit la personne publique qui l'ait passé est de la compétence administrative, soit quand il fait coopérer le cocontractant au fonctionnement du service public, soit quand il contient des clauses exorbitantes du droit commun.

51. — Les marchés de transports passés par les diverses Administrations pour le fonctionnement des services publics sont plus variés que les marchés de fournitures et ont donné lieu à une jurisprudence plus fournie et plus intéressante.

(12) S., 1917. 3. 25, avec les conclusions de M. Blum, V. *supra*, n. 24.

(13) V. *supra*, n. 48 et s.

Cette jurisprudence est aussi basée plus ou moins explicitement sur la notion de contrat administratif.

Les contrats de transports passés par l'Administration sont excessivement variés : entre le contrat de transport unique, analogue à celui que pourrait passer n'importe quel particulier et le contrat continu par lequel le transporteur est chargé de l'exécution d'un service public, comme le service postal, en passant par la location d'un navire, on trouve toute une série de contrats se rapprochant plus ou moins des contrats usités par le droit civil et le droit commercial. Le juge compétent pour connaître de ces différents contrats se détermine d'après leur nature, suivant qu'ils présentent ou non le caractère de contrats administratifs.

Pour les contrats de transport unique effectué dans les mêmes conditions que le public en général, la jurisprudence est, nous l'avons vu, fixée depuis longtemps dans le sens de la compétence judiciaire (14).

Au contraire, les contrats de transports continus, présentant le caractère d'entreprise tels que ceux passés entre l'Etat et diverses compagnies de navigation ou de transports terrestres, sont des contrats administratifs, alors même qu'ils ne contiendraient aucune clause exorbitante du droit commun, parce que le cocontractant coopère à l'exécution du service public des postes et que les nécessités de ce service imposent les règles d'interprétation spéciales au droit public (15).

52. — Pour les contrats d'affrètement, on retrouve la

(14) Cons. d'Et., 6 juill. 1883, *Ministre du Commerce, Rec.*, p. 658. — V. aussi les considérants de l'arrêt du Conseil d'Etat, 19 juin 1918, *Société des voiliers français, Rec.*, p. 597; Trib. des confl., 25 mars 1922, *de Malglaive, Rec.*, p. 228; Cons. d'Et., 14 mai 1926, *Compagnie parisienne de navigation, S.*, 26. 3. 59.

(15) V. Cons. d'Et., 29 janv. 1909, *Compagnie des Messageries mari-*

même distinction que pour les contrats de transports proprement dits entre contrats administratifs et contrats de droit commun.

Lorsque les chartes-parties ne contiennent aucune clause exorbitante du droit commun et lorsque le propriétaire du navire « ne s'engage à effectuer ni des livraisons de fournitures, ni des transports et ne participe d'aucune manière à l'exécution d'un service public », la compétence est judiciaire (16). Au contraire, si, par son contrat d'affrètement, le propriétaire s'engage à collaborer à l'exécution d'un service public, le contrat est administratif. C'est ainsi que le Tribunal des conflits a décidé que le Conseil d'Etat était compétent pour connaître des contestations relatives au traité par lequel le propriétaire d'un navire s'est engagé à assurer, à l'aide de son bateau, le ravitaillement en hommes et approvisionnement d'un poste de défense (17).

53. — En ce qui concerne les transports exécutés pour le compte des Administrations publiques par les compagnies de chemins de fer, on retrouve encore la même distinction entre contrats de droit privé relevant de l'autorité judiciaire, si l'Etat fait exécuter ses transports dans les mêmes conditions que les particuliers, et contrats administratifs,

times, avec les conclusions de M. Tardieu, *Rec.*, p. 111 et s.; 8 nov. 1911, *Labeye, Rec.*, p. 987; 20 juill. 1917, *Compagnie générale des automobiles postales, Rec.*, p. 586; 16 oct. 1918, *Gouvernement général de l'Algérie, Rec.*, p. 895. — Sur la question de savoir si ces différents contrats sont ou non des concessions de service public, nous nous rangeons à l'avis de M. Jèze (*Les contrats administratifs*, p. 49), à savoir que ce ne sont pas véritablement des concessions. Le cocontractant, en effet, n'est ni au point de vue de sa rémunération ni à celui de sa responsabilité en rapport direct avec l'usager.

(16) V. Cons. d'Et., 7 mars 1923, *Hellenic transport Steamship Co*, S., 26. 3. 24. — V. aussi Cons. d'Et., 18 juin 1919, *Compagnie des chargeurs français, Rec.*, p. 520; 7 mars 1923, *Iossifoglu, Rec.*, p. 222; 9 juin 1923, *Société Vimont et Co*, S., 26. 3. 59.

(17) Trib. des confl., 7 nov. 1922, *Manon*, S., 26. 3. 24.

s'il s'agit d'une convention spéciale distincte de celle que peut passer un particulier et présentant le caractère d'un contrat administratif (18). Par un arrêt récent, le Conseil d'Etat a poussé encore plus loin l'analyse de ces opérations de transport et décidé que l'opération par laquelle les services du ministère de la guerre ont expédié des essences et pétroles à des services du ministère des régions libérées entraîne la compétence judiciaire pour les contestations entre le service destinataire et la compagnie de chemin de fer, et la compétence administrative pour les contestations entre le service expéditeur et la même compagnie (19). C'est qu'en effet seule l'expédition faite en vertu d'un ordre de transport est une opération de puissance publique qu'un particulier ne pourrait pas faire. Comme le dit M. Hauriou dans sa note sous cet arrêt, « seule l'action de la puissance publique justifie la compétence administrative ».

En ce qui concerne le transport de personnel et en particulier le transport de militaires en vertu d'ordres de transports, la question de compétence en matière de responsabilité a soulevé de grosses difficultés (20). Un arrêt du Tribunal des conflits y a mis fin en décidant que la demande d'indemnité formée par les ayants droit d'un militaire mort par accident dans un train où il avait pris place en vertu d'un titre de transport était de la compétence judiciaire (21). Cette

(18) V. Cons. d'Et., 6 mai 1921, *Chemins de fer Paris-Lyon-Méditerranée* (solution implicite), S., 23. 3. 7; et *Revue de droit public*, 1921, p. 510 et s., avec les conclusions de M. Corneille.

(19) Cons. d'Et., 8 avril 1927, *Chemins de fer de l'Est*, S., 27. 3. 89, et la note de M. Hauriou.

(20) V. Aix, 26 nov. 1919; Lyon, 29 janv. 1919, S., 20. 2. 63, et la note de M. Mestre; Cass. civ., 24 janv. et 4 juill. 1922, 22 janv. 1924, S., 24. 1. 161, et la note de M. Mestre.

(21) Trib. des confl., 10 mars 1923, *Veuve Rousseau*, S., 24. 3. 57, et la note de M. Hauriou.

solution ne peut guère s'expliquer qu'en admettant que l'Etat, en délivrant au militaire son titre de transport, fait une stipulation pour autrui. Le contrat est administratif entre l'Etat et la compagnie, mais les rapports entre celle-ci et le militaire sont des rapports de droit privé et l'article 1147 du Code civil est applicable. Cette solution présente donc une grande analogie avec celle de l'arrêt *Chemin de fer de l'Est* examinée précédemment.

Mais, à côté des contrats de droit commun, qui sont de la compétence des tribunaux judiciaires et des contrats administratifs passés en vertu de conventions spéciales, qui sont de la compétence du Conseil d'Etat, il y a une troisième catégorie de transports effectués par les compagnies de chemins de fer pour le compte de l'Etat. Ce sont ceux qui ont lieu en vertu des clauses du cahier des charges de la concession. Celle-ci étant considérée par la jurisprudence comme une concession de travaux publics (22), c'est au conseil de préfecture qu'il appartient de statuer en premier ressort sur les difficultés provenant de l'interprétation du contrat de concession (23).

On se trouve donc, en matière de transports effectués par une compagnie de chemins de fer pour le compte de l'Etat, en présence de trois juridictions possibles. Le conseil de préfecture, les tribunaux judiciaires, le Conseil d'Etat. La première est une compétence par détermination de la loi, nous verrons plus loin ce qu'il faut en penser. Mais pour les deux autres, la répartition des compétences se fait comme pour les autres marchés de transport, d'après la nature même du contrat, conformément à la théorie générale des contrats administratifs.

(22) V. *infra*, n. 60.

(23) V. Cons. d'Et., 28 juill. 1905, *Chemins de fer économiques du Nord*, S., 07. 3. 95.

CHAPITRE II

LES MARCHES DE TRAVAUX PUBLICS. LES OFFRES DE CONCOURS. LES CONCESSIONS

SOMMAIRE. — 54. L'attribution de compétence de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. — 55. Son interprétation extensive par la jurisprudence. — 56. Les offres de concours. — 57. Les contrats mixtes de fournitures et de travaux publics. — 58. Des différentes acceptions du mot *concession*. — 59. Les concessions de service public. — 60. Les concessions de travaux publics. — 61. Les concessions de service public sans travaux publics. — 62. Les baux d'octroi et les contrats d'affermage des droits de place, les baux de source minérale.

54. — L'article 4, § 2, de la loi du 28 pluviôse an VIII attribue compétence au conseil de préfecture pour prononcer « sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'Administration concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés ». C'est là une attribution formelle de compétence qui ne laisse pas place à la distinction que nous avons établie entre contrats de droit commun et contrats administratifs. Toutes les fois qu'il y a construction, réparation ou entretien d'un ouvrage public, exécuté pour le compte d'une Administration publique, il y a opération de travaux publics, et par suite compétence du conseil de préfecture, sauf pour les colonies où la compétence en premier ressort appartient au Conseil du contentieux des colonies.

Il faut signaler encore une autre exception difficilement explicable aux principes généraux du droit administratif : les notions d'ouvrage public et de service public ne se recouvrent pas. Tous les travaux exécutés en vue d'un service public sont des travaux publics, mais la jurisprudence reconnaît le caractère de travaux publics à des travaux qui ne sont pas exécutés pour des services publics. C'est ainsi que l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 juin 1921, *Commune de Montségur* (1), reconnaît la qualité de travaux publics à des travaux exécutés par une commune dans une église bien que, depuis la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat, le service des cultes ne soit plus un service public. Dans ses conclusions, M. Corneille définissait ainsi le travail public : « Tout travail ayant une destination *d'utilité générale* exécuté pour le compte d'une personne morale administrative. » Cette condition *d'utilité générale* exclut de la notion de travail public les travaux effectués pour le compte des différentes personnes morales administratives pour la mise en valeur de leur domaine privé (2).

55. — La théorie des travaux publics est donc une théorie à part, distincte de la théorie générale des contrats administratifs, et, dans cet ouvrage, où nous nous proposons seulement de définir le domaine de la compétence en premier ressort du Conseil d'Etat en matière de contrats, nous n'au-

(1) S., 1921. 3. 19, avec les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Corneille et la note de M. Hauriou; *Revue du droit public*, 1921, p. 369, et la note de M. Jèze.

(2) Cependant le Conseil d'Etat avait jugé le contraire, 3 juill. 1882, *Mercier*, *Rec.*, p. 279, mais il a depuis abandonné cette jurisprudence et décidé que les marchés ayant pour objet la construction ou la réparation des différents bâtiments ou chemins d'exploitation du domaine privé sont des contrats de droit commun. V. Cons. d'Et., 2 mai 1873, *Barliac*, *Rec.*, p. 371; 5 août 1887, *Commune de Divonne*, *Rec.*, p. 642.

rons pas à nous en occuper, si la jurisprudence n'avait pas donné à l'article 4, § 2, de la loi du 28 pluviôse an VIII une interprétation tellement extensive que le conseil de préfecture se trouve être compétent pour connaître de litiges résultant de contrats qui n'ont plus que des rapports très lointains avec des marchés de travaux publics, et qui sont de véritables contrats administratifs, dont, normalement, la connaissance reviendrait au Conseil d'Etat, juge de droit commun du contentieux administratif.

On peut ramener ces contrats à trois catégories différentes : les offres de concours; les contrats mixtes de fournitures et de travaux publics; les concessions de travaux publics.

56. — L'assimilation des offres de concours aux travaux publics pour la compétence se comprend assez bien. Ce sont les conventions par lesquelles les particuliers ou les personnes morales administratives autres que celle qui entreprend les travaux offrent un concours en argent ou en terrain en vue d'obtenir ou de faciliter l'exécution d'un travail public. « A la vérité, dit Laferrière (3), ces engagements n'impliquent aucun louage d'ouvrage, aucune participation directe aux travaux; ils constituent un contrat administratif spécial, un contrat *do ut facias* dont il eût été difficile de spécifier la nature et de déterminer la compétence autrement que par voie d'analogie. L'assimilation qui a prévalu entre les offres de concours et les marchés de travaux publics est conforme à l'objet essentiel de ces conventions, puisqu'elles tendent à l'exécution des travaux. »

La seule difficulté au point de vue compétence provient de savoir si, lorsque l'offre de concours a uniquement des terrains pour objet, elle doit être assimilée non plus à un mar-

(3) *Traité de la juridiction administrative*, t. II, p. 427.

ché de travaux publics, mais à une cession d'immeubles relevant des tribunaux judiciaires. Mais cette question a été définitivement résolue dans le sens de la compétence du conseil de préfecture (4).

57. — Nous n'insisterons pas davantage sur les offres de concours, pour lesquelles le Conseil d'Etat n'est jamais compétent en premier ressort, et qu'il est difficile de confondre avec quelques autres des contrats administratifs de la compétence du Conseil d'Etat. Au contraire, lorsque l'on se trouve en face de contrats complexes comprenant, d'une part, des clauses par lesquelles le contractant s'engage à livrer une fourniture quelconque, d'autre part, à exécuter un travail public, on peut se demander lequel des deux éléments du contrat l'emportera. Si le travail public constitue l'essentiel et que les seules fournitures sont celles nécessaires à l'exécution du travail, il va de soi que le conseil de préfecture est compétent. Dans presque tous les marchés de travaux publics, l'entrepreneur fournit ses matériaux. Mais, même lorsque la fourniture est l'essentiel du marché, mais que vient s'y ajouter, à titre accessoire, un travail de pose et d'installation, le conseil de préfecture est compétent (5), à moins que ce travail ne soit véritablement d'une importance minime (6).

(4) Par une décision du Tribunal des conflits du 18 janvier 1887, *Guillamin, Rec.*, p. 617; V. aussi la note de M. Hauriou sous Cons. d'Et., 27 juin 1913, *Ville de Toulouse*, S., 45. 3. 17; JÈZE, *Les contrats administratifs*, p. 170 et s.; APPLETON, *Traité du Contentieux administratif*, p. 206, HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., p. 777 et s.

(5) Cass. req., 20 déc. 1897, D., 98. 1. 273.

(6) Cass. civ., 12 févr. 1923, S., 23. 1. 104. Il s'agissait d'un marché de fournitures de gaz passé entre une compagnie concessionnaire et un département pour l'éclairage et le chauffage d'un asile. Comme dans les contrats passés avec les particuliers, la compagnie s'engageait à exécuter les travaux pour l'établissement des conduites jusqu'au compteur et certaines installations gratuites.

58. — De toutes les dérogations apportées par l'interprétation extensive de l'article 4, § 2, de la loi de pluviôse an VIII à la compétence normale du Conseil d'Etat en matière de contrats, la plus importante est celle qui provient des concessions de service public. Avant d'étudier comment se fait la répartition des compétences en matière de contrat de concession, il importe auparavant de définir exactement ce que l'on entend par concession. En effet, on emploie ce mot de concession pour désigner des choses assez différentes.

C'est ainsi que l'on désigne par le nom de concession d'occupation du domaine public les permissions accordées par l'Administration, en vertu de sa seule volonté, à un particulier, d'utiliser privativement certaines parties du domaine public : permissions de voirie, concessions de cabines de bain sur les rivages de la mer, concessions de prises d'eau sur les rivières navigables ou flottables, etc. Ce sont des opérations administratives, dont le contentieux est toujours administratif, mais ce ne sont pas des contrats (7). On ne peut pas davantage considérer comme des contrats les concessions de terrains distribuées à titre gratuit ou onéreux, suivant les cas, à des colons en Algérie et dans les colonies (8), pas plus que les actes donnant pouvoir à un particulier d'exploiter une mine (9). Ce sont là des actes adminis-

(7) V. APPLETON, *Traité du contentieux administratif*, p. 217; JÈZE, *Les contrats administratifs*, p. 214. — V. contra; HAURIU, *Précis de droit administratif*, 41^e éd., p. 715; TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, p. 120. — Les concessions du domaine public accompagnent très souvent les concessions de service public. Mais ce sont cependant deux actes distincts.

(8) APPLETON, *op. cit.*, p. 218; JÈZE, *op. cit.*, p. 219.

(9) APPLETON, *op. cit.*, p. 90 et s.; JÈZE, *op. cit.*, p. 218; HAURIU, *op. cit.*, p. 837.

tratifs unilatéraux dont le contentieux est administratif par nature, mais ce ne sont pas des contrats administratifs.

La concession de créments futurs, au contraire, est un contrat, et un contrat administratif par sa nature. On appelle ainsi les contrats par lesquels l'Administration accorde à un particulier l'autorisation d'occuper une portion du domaine public en bordure de la mer ou d'un fleuve, pour les soustraire à l'action des flots au moyen de digues ou d'autres travaux. Ce n'est pas une vente, puisque, au moment où se passe la convention, le terrain fait partie du domaine public. C'est un marché de travaux publics dans lequel l'entrepreneur est rémunéré en nature par l'acquisition du terrain, lequel ne se trouve déclassé qu'au moment où il est effectivement soustrait aux eaux (10). Ces conventions sont donc de la compétence du conseil de préfecture.

59. — A côté de ces actes de natures et d'objets fort divers, il existe dans notre droit administratif une autre sorte de concession, qui, par son objet, est un mode de gestion des services publics, et, par sa nature, un contrat. C'est la convention par laquelle l'Administration charge un particulier d'exploiter un ouvrage public et de faire fonctionner un service public. Une telle convention est une obligation de faire, mais qui se distingue des autres obligations de faire du droit administratif, marché de travaux publics ou louage de services, en ce que le cocontractant se trouve investi des droits de puissance publique nécessaires pour faire fonctionner le service et que sa rémunération est constituée par les taxes qu'il est autorisé à percevoir sur les usagers (11). Ces

(10) LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, t. I, p. 608 et s.; HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., p. 667.

(11) « C'est le contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses

conventions sont toujours des contrats administratifs par nature; suivant l'expression d'Aucoc, « elles n'ont pas d'analogie dans le droit civil » (12). Elles contiennent toujours des clauses exorbitantes du droit commun, et, n'en contiendraient-elles pas, le cocontractant étant chargé d'assurer un service public, les nécessités de ce service imposent le régime juridique spécial du droit public. Et l'on se rappelle que c'est à propos des concessions de services publics qu'ont été élaborées les théories du « fait du prince » et de l'imprévision.

Certains auteurs, devant le caractère si spécialement administratif des concessions, ont même soutenu, non sans de fortes raisons, que ce n'étaient pas des contrats (13). Cependant, la jurisprudence et la grande majorité de la doctrine admettent la nature contractuelle de la concession. Sans entrer dans une discussion qui sortirait du cadre de notre étude, disons seulement qu'au point de vue pratique, la situation du concessionnaire se trouve mieux garantie, le droit à l'indemnité que lui reconnaît la jurisprudence en

frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt, et qui l'en rémunère, en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage public ou sur ceux qui bénéficient du service public. » Conclusions de M. Chardenet, sous Cons. d'Et., 30 mars 1916, *Société du Gaz de Bordeaux*, S., 16. 3. 17.

(12) AUCOC, *Conférences sur le droit administratif*, t. II, p. 426.

(13) ROLLAND, *Du droit pour le législateur d'imposer de nouvelles obligations à un concessionnaire de travaux publics*, *Revue du droit public*, 1909, p. 510. Dans cet article, M. Rolland explique le régime juridique des concessions par l'idée de collaboration. Il est certain que la concession n'est pas une opération purement contractuelle; à côté du contrat, il y a une situation réglementaire. V. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., p. 793. C'est uniquement de la compétence pour le contentieux du contrat que nous nous occupons dans les pages suivantes.

cas de modification extracontractuelle ou d'imprévision se trouve plus solidement fondé, si l'on admet la nature contractuelle de la concession. Nous nous en tiendrons donc à la solution généralement admise : la concession de service public est un contrat administratif par nature. Ceci admis, il semblerait que la question de compétence se trouve complètement résolue, s'agissant d'un contrat administratif, différent du marché de travaux publics, en l'absence de tout texte de loi, le juge compétent est le Conseil d'Etat.

60. — La jurisprudence est bien fixée en ce sens, mais avec une exception si importante que les cas qu'elle englobe se trouvent être beaucoup plus nombreux que ceux qui sont soumis à la règle générale. En effet, toutes les fois qu'au contrat de service public s'ajoute un marché de travaux publics, que ce soit pour la construction ou pour l'entretien d'un ouvrage public, la jurisprudence décide que le tribunal compétent est le conseil de préfecture, en vertu de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, et, dans ce cas, donne au contrat le nom de concession de travaux publics.

Nous croyons, bien qu'elle soit employée par d'éminents auteurs (14), que cette expression est vicieuse, elle tend à établir entre la concession de service public simple et la concession de service public mêlée de travaux publics une différence de nature juridique qui ne correspond pas, croyons-nous, à la réalité des choses. Dans un cas comme dans l'autre, les éléments essentiels restent les mêmes : gestion d'un service public par le cocontractant et rémunération de celui-ci par des taxes perçues sur les usagers. La seule différence provient du juge compétent pour statuer sur le litige, et cette attribution de compétence, si elle est expli-

(14) HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., p. 792 et s.

cable par des raisons historiques et pratiques, reste fort contestable au point de vue des principes de notre droit administratif.

A l'époque où la théorie des actes d'autorité et des actes de gestion était en faveur, aucun texte ne permettait d'attribuer au juge administratif la connaissance des concessions de service public. Le Conseil d'Etat, cependant, sentait bien que la nature spéciale de ces conventions ne s'accommoderait pas du régime juridique du droit privé; c'est pour obtenir la soumission de ces conventions au régime de droit public qu'il a donné à l'article 4, § 2, de la loi de pluviôse an VIII son interprétation extensive. Et ceci est vrai surtout pour le contentieux des concessions communales et départementales, à l'époque où, en dehors des marchés de travaux publics, le contentieux des Administrations locales était considéré comme purement judiciaire. Cette attribution de compétence s'est maintenue depuis lors, parce que le Conseil d'Etat, ayant à faire face à un contentieux de plus en plus abondant, n'est nullement soucieux d'élargir le cercle de ses attributions.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence est absolument fixée dans le sens de la compétence du conseil de préfecture pour connaître des litiges relatifs aux contrats de concessions de service public toutes les fois que la convention comporte une clause relative à un travail public. C'est ainsi que les contrats de concessions de services public des chemins de fer, de la distribution du gaz et de l'électricité, des tramways, sont de la compétence du conseil de préfecture⁽¹⁵⁾, parce que c'est presque toujours au concessionnaire qu'il appartient d'effectuer les travaux de substructure, pose de

(15) Jurisprudence unanime et absolument constante.

rails ou canalisations, qui sont des travaux publics, et qu'en tout cas c'est toujours à lui qu'en incombe l'entretien (16). Il en est de même des contrats de concessions de balayage et de nettoyage de la voie publique, parce que ces conventions sont relatives à l'entretien d'un ouvrage public, et, par conséquent, à un travail public (17).

Il n'est pas jusqu'à la concession du service public des pompes funèbres que la jurisprudence déclare être de la compétence du conseil de préfecture, non pas que l'on puisse trouver un lien quelconque entre cette convention et un travail public, mais en vertu de l'article 15 du décret du 18 mai 1806, qui prévoit que toutes les adjudications de concession du service des pompes funèbres « seront faites selon les modes établis par les lois et règlements pour tous les travaux publics » (18).

61. — Cependant, depuis l'abandon de la théorie des actes d'autorité et de gestion, abandon qui a permis au Conseil d'Etat de se reconnaître compétent, même en l'absence d'une attribution de compétence pour connaître des litiges résultant de certains contrats, il semble bien que la jurisprudence se soit libérée de la hantise de la loi de pluviôse an VIII.

(16) Il faut noter cependant, à propos des concessions de chemin de fer, qu'à côté du cahier des charges dont l'interprétation est laissée au conseil de préfecture, il y a des conventions financières dont le contentieux appartient au Conseil d'Etat en premier ressort. V. Cons. d'Et., 22 janv. 1892, *Compagnie de Lyon, Rec.*, p. 44; 8 févr. 1893, *Compagnie de Lyon, Rec.*, p. 136. Pour les chemins de fer d'intérêt local, Cons. d'Et., 19 janv. 1912, *Chemins de fer algériens, Rec.*, p. 88. — V., au contraire, dans le sens de la compétence du conseil de préfecture pour les conventions annexes des concessions de gaz, Trib. des confl., 19 déc. 1876, *Ville de Lyon, Rec.*, p. 912.

(17) Cons. d'Et., 12 déc. 1924, *Ville de Dieppe, Rec.*, p. 1006; 30 mars 1927, *Gasnos* (solution implicite), S., 27. 3. 64.

(18) LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, t. II, p. 124; JÈZE, *Les contrats administratifs*, p. 59.

C'est ainsi que, par l'arrêt *Thérond*, du 4 mars 1910 (19), le Conseil a décidé que la concession à un particulier de la capture et de la mise en fourrière des chiens errants et de l'enlèvement des bêtes mortes sur la voie publique « ne saurait être assimilée à un marché de travaux publics ». En effet, disait M. Pichat dans ses conclusions (20), « les opérations de capture des chiens errants sur la voie publique et d'enlèvement des bêtes mortes sur la voie publique se rattachent à l'intérêt de la circulation, et non à celui de la conservation de l'ouvrage ». En conséquence, le Conseil d'Etat se reconnaissait compétent en premier ressort pour statuer sur le litige. Cette solution est parfaitement correcte, mais il fallait pour que le Conseil d'Etat puisse l'adopter que l'arrêt *Terrier* (21) ait sonné le glas de la théorie des actes d'autorité et de gestion.

Les concessions de bacs et passages d'eaux, qui étaient considérées comme des concessions de travaux publics (22), sont considérées actuellement par la jurisprudence non plus comme des concessions de travaux publics, mais comme des concessions de service public, le bac ne constituant pas un ouvrage public (23).

Les concessions de service de transport par chevaux ou automobiles, ne supposant aucun travail public, se trouvaient donc être de la compétence du Conseil d'Etat : c'est ce qu'a décidé l'arrêt du Conseil d'Etat du 16 décembre 1921 *Sasse*y (24). De ces concessions, M. Hauriou rapproche les conventions passées par l'Etat, avec les compagnies de trans-

(19) V. *supra*, n. 19.

(20) S., 1911. 3. 17

(21) Cons. d'Et., 6 févr. 1903, S., 04. 3. 136. V. *supra*, n. 18.

(22) Trib. des confl., 7 nov. 1850, *Perriot*, *Rec.*, p. 800.

(23) Cons. d'Et., 2 juill. 1920, *Dame Lenoir*, *Rec.*, p. 658.

(24) *Rec.*, p. 1062.

ports maritimes pour le service postal. Nous avons vu précédemment (25) qu'il s'agissait là non de concessions, mais de marchés de fournitures. La trop grande importance qu'attache M. Hauriou à l'élément d'ouvrage public dans les concessions l'empêche d'établir une distinction suffisamment nette entre le marché de fournitures et la concession de service public.

A ces cas de concessions de service public sans travail public, il faut ajouter les conventions par lesquelles l'Etat ou les villes concèdent à un particulier l'exploitation d'un théâtre. La difficulté à résoudre pour ces sortes de conventions est celle de savoir si vraiment l'exploitation d'un théâtre est un service public. La jurisprudence semble, à première vue, fort contradictoire. C'est ainsi qu'une jurisprudence constante refuse de considérer les théâtres municipaux comme des bâtiments affectés à un service public. L'arrêt du Conseil d'Etat du 7 avril 1916 *Astruc* (26) décide qu'un théâtre n'est pas destiné à assurer un service public ni à pourvoir à un objet d'utilité publique. Conformément à la doctrine de ces deux arrêts, le Conseil d'Etat a décidé que le cahier des charges réglant les rapports financiers entre une commune et le concessionnaire du casino était un contrat de droit commun relevant des tribunaux judiciaires (27). Contrairement à cette jurisprudence, il a été jugé que le conseil de préfecture était compétent pour statuer sur un contrat portant construction et exploitation d'un casino (28); si le contrat ne vise que l'exploitation, la conces-

(25) V. *Supra*, n. 51. — HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., p. 811.

(26) S., 1916. 3, 49, avec les conclusions de M. Corneille et la note de M. Hauriou.

(27) 12 mai 1922, *Ville de Saint-Malo*, *Rec.*, p. 413.

(28) 27 avril 1923, *De Fallois*, *Rec.*, p. 367.

sion est alors une concession de service public, et le Conseil d'Etat est compétent (29).

Nous insistons sur ces contradictions de la jurisprudence parce qu'elles font bien voir la fragilité et l'incertitude des critères tirés du but et de la nature du service. Que l'on dise, comme Laferrière (30), que « l'œuvre théâtrale n'est point le fait de l'Etat et n'a point le caractère de service public » ou que l'on dise, au contraire, comme M. Maze-rat (31), que « l'existence de l'Opéra-Comique entre dans la mission civilisatrice de l'Etat au même titre que les musées nationaux ou l'Ecole des beaux-arts, en un mot, elle représente un service public », ce sont là des affirmations intéressantes mais purement subjectives, et il est impossible d'en tirer un critérium juridique. Le véritable critérium est plus extérieur; il est dans les procédés employés par l'Administration, comme nous avons essayé de le montrer précédemment (32). « La notion du service public, a dit M. Corneille (33), est une notion en quelque sorte subjective, elle dépend pour la plus grande part de l'autorité chargée d'organiser le service... A quels signes va se reconnaître cette intention qui caractérise ce service? Elle va se reconnaître aux mesures prises par l'autorité chargée des intérêts collectifs en cause, pour assurer la création du service... pour en assurer la durée, pour en réglementer le fonctionnement. » L'arrêt *Gheusi* a fait application de ce principe, et il a estimé que les dispositions du cahier des charges rela-

(29) 8 août 1919, *Berck*, *Rec.*, p. 742; 27 juill. 1923, *Gheusi*, S., 26. 2. 14.

(30) Conclusions sous Cass. civ., 12 juin 1901, S., 06. 1. 41.

(31) Conclusions dans l'affaire *Gheusi*, *Revue du droit public*, 1923, p. 564.

(32) V. *supra*, n. 26.

(33) Conclusions de M. Corneille dans l'affaire *Astruc*, S., 16. 3. 49.

tives à la gestion, les mesures de contrôle prévues et la fixation d'un tarif maximum pour le prix des places suffisaient à faire de l'Opéra-Comique un véritable service concédé, et du contrat de concession un contrat administratif.

62. — Aux concessions de service public que nous venons d'examiner, il faut ajouter les conventions passées pour l'affermage de certains impôts et taxes communales. Nous voulons parler des baux d'octrois et de l'affermage des taxes d'abattoirs et des halles et marchés.

En réalité, malgré la terminologie courante, ce ne sont pas des baux. Il ne s'agit pas d'une location du domaine. L'élément essentiel de ces conventions consiste dans la concession du droit de percevoir une taxe publique. Ce sont donc certainement des contrats administratifs. Mais le décret du 17 mai 1809 a décidé que le contentieux des baux d'octroi serait attribué aux tribunaux judiciaires, à l'exception des contestations qui pourraient s'élever sur le sens des clauses des baux, ces contestations étant jugées par le conseil de préfecture. En vertu de l'analogie entre les droits de place dans les halles et marchés et les taxes d'octrois, qui sont les uns et les autres des taxes indirectes, la jurisprudence a étendu cette solution bizarre aux contrats d'affermage des droits de place (34).

Ajoutons, enfin, que les baux de source minérale appartenant à l'Etat, aux départements et aux communes ne sont pas vraiment des contrats de location, mais de véritables concessions de service public, de la compétence du conseil de préfecture (35).

(34) LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, t. I, p. 593; Cons. d'Et., 8 juill. 1925, *Lédard*, S., 25. 3. 41, et la note de M. Hau-riou.

(35) Cons. d'Et., 28 juin 1918, *Société générale thermale et balnéaire*, Rec., p. 642.

CHAPITRE III

LES CONTRATS RELATIFS A LA DETTE PUBLIQUE

SOMMAIRE. — 63. Les emprunts publics d'Etat. — 64. Justification de la compétence administrative. — 65. Emprunts analogues à ceux du droit privé; Emprunts des départements et des communes.

63. — L'Etat, pour se procurer l'argent nécessaire au fonctionnement de ses services, emprunte de l'argent. Les emprunts à échéance indéterminée ou rentes perpétuelles aussi bien que les emprunts à échéance fixe et à long terme s'analysent au point de vue juridique en une constitution de rente. Cette constitution de rente donne lieu à une formalité administrative spéciale : l'inscription au Grand-Livre de la Dette (1). A côté de ces constitutions de rentes, il existe de nombreux emprunts effectués par le Trésor, généralement sous forme d'émission d'obligations à court terme, dix, six et cinq ans, ou de bons du Trésor ou de la Défense nationale à très court terme.

De tout temps, la jurisprudence et la doctrine ont reconnu au contentieux de ces différents contrats le caractère administratif et par suite ont admis, pour en connaître, la compétence du Conseil d'Etat en premier ressort (2).

Seules les raisons sur lesquelles on fondait cette compé-

(1) Institué par la loi du 23 août 1793.

(2) Du ministre des Finances, lorsque l'on croyait encore au ministre-juge. V. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, t. II, p. 151.

tence ont varié. Conformément à une tendance que nous avons déjà signalée (3), on s'est efforcé de justifier cette compétence administrative par des arguments de textes, et en particulier par la loi du 17 juillet 1790 et celle du 26 septembre 1793 aux termes de laquelle « toutes les créances de l'Etat seront réglées administrativement » (4). Mais ces lois n'avaient pas la signification qu'on leur a donnée (5). Pour les créances résultant d'une action en responsabilité, le Conseil d'Etat a cessé dès 1873 (6) de viser ces textes et ils ne sont plus invoqués, depuis, que pour les contrats d'emprunt public, auxquels cependant ils ne s'appliquent pas davantage, car ces textes ne visent que la liquidation des dettes en dehors de tout procès (7).

64. — Actuellement, tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître que si le contentieux des contrats d'emprunt de l'Etat est administratif, c'est par sa nature même et non pas en vertu des textes de lois, interprétés d'une façon plus ou moins fantaisiste. Mais on trouve encore dans la doctrine quelques incertitudes sur le fondement de ce caractère administratif. On ne saurait dire cependant que c'est le but de ces emprunts qui en détermine la nature administrative; les emprunts des départements et des communes sont également destinés à faciliter le fonctionnement des services publics et cependant nous verrons plus loin que leur conten-

(3) V. *supra*, n. 6.

(4) On en citait encore bien d'autres : V. DUMESNIL et PALLAIN, *Traité de la législation spéciale du trésor public en matière contentieux*, 3^e éd., 1898, p. 47 et s.

(5) V. MESTRE, *De l'autorité compétente pour déclarer l'Etat débiteur*, thèse Paris, 1899, p. 66 et s.

(6) Par l'arrêt *Blanco* du 8 février 1873, S., 73. 2. 153.

(7) V. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., p. 902; JÈZE, *Les contrats administratifs*, p. 131.

tieux est judiciaire. La formalité d'inscription sur le Grand-Livre n'est pas non plus la raison déterminante de la compétence administrative, car tous les emprunts de trésorerie à court terme ne sont pas inscrits sur le Grand-Livre et cependant leur contentieux est administratif.

C'est cependant par ces deux raisons que M. Hauriou justifie la compétence du Conseil d'Etat : « Tant à cause de cette formalité administrative que parce que la constitution de la dette publique est, au premier chef, une opération de gestion destinée à assurer l'exécution des services publics, le contentieux est de la compétence de la juridiction administrative. » (8).

N'est-il pas plus simple de considérer que les contrats d'emprunts rentrent dans la théorie générale des contrats administratifs et que ce qui justifie la compétence spéciale pour ces contrats c'est leur nature spéciale, ce sont les clauses exorbitantes du droit commun qui les différencient des emprunts de la vie civile? C'est le point de vue qu'a soutenu avec raison M. Jèze (9) : « La volonté des parties contractantes est de se soumettre à un régime juridique

(8) HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., p. 904.

(9) JÈZE, *Les contrats administratifs*, p. 132. V. aussi les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Aucoc, sous Cons. d'Et., 20 févr. 1869, *Pinard, Rec.*, p. 188. Il s'agissait de la négociation d'un emprunt avec un particulier. Après avoir montré que cet emprunt avait bien été passé en vue d'un service public, M. Aucoc montre le caractère spécial de cet emprunt : « Loin de procéder comme eût fait un particulier, vendant des obligations à la bourse par l'intermédiaire d'un agent de change, il (le ministre des Finances) a fait un traité avec le Syndicat des banquiers pour vendre, en bloc, une masse d'obligations et assurer au Trésor une somme déterminée, indépendante des fluctuations de la Bourse. On ne peut donc voir dans ce marché un acte de droit civil ou de droit commercial semblable aux actes de gestion du domaine de l'Etat. C'est une opération de trésorerie essentiellement administrative. »

spécial de droit public. La loi qui approuve l'émission de l'emprunt public porte que les prêteurs sont investis de droits qui n'appartiennent pas aux prêteurs ordinaires. Il y a un très grand nombre de règles spéciales relatives à l'insaisissabilité des rentes sur l'Etat, à l'immunité fiscale, au taux d'intérêt non assujetti aux lois contre l'usure, à la prescription spéciale, à l'inscription au Grand-Livre, à l'impossibilité de faire opposition, etc.; toutes ces règles sont exorbitantes du droit privé. Les caractéristiques du contrat administratif apparaissent donc très nettement. »

Cette compétence du Conseil d'Etat est d'ailleurs limitée du fait que la décision de contracter un emprunt est un acte législatif qui échappe à tout recours contentieux. De même le remboursement avant terme ou la conversion des emprunts d'Etat sont décidés par le Parlement et ne sont pas susceptibles de recours. Mais la question de savoir si certaines catégories de titres sont ou non prévues par la loi de conversion ou de remboursement donne lieu à un litige de la compétence du Conseil d'Etat; de même les litiges relatifs au paiement des arrérages (10).

Mais toutes les opérations entre particuliers relatives à un titre de la dette publique sont de la compétence judiciaire. Il faut cependant remarquer que les opérations de transfert, c'est-à-dire de mutation de propriété d'un titre nominatif, inscrit sur le Grand-Livre de la Dette publique sont de la compétence administrative : « C'est là en effet une opération administrative, qui se distingue de toutes les mutations civiles qui peuvent y donner lieu. » (11).

65. — Puisque c'est la nature spéciale des contrats d'em-

(10) Cons. d'Et., 7 déc. 1924, *Caisse Lafarge, Rec.*, p. 942.

(11) LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, t. I, p. 599; Cons. d'Et., 31 mars 1922, *Guyard, Rec.*, p. 309; *Revue du droit public*, 1922, avec les conclusions de M. Mazerat.

prunt qui entraîne la compétence administrative, il en résulte que lorsque ces conventions sont semblables à celles que passent les particuliers, la compétence devrait être judiciaire. Cependant, pour les traites du Trésor public, que le décret du 11 janvier 1808 assimile à des lettres de change et qui, en fait, n'en diffèrent en rien, on considère habituellement, sans pouvoir citer d'arrêt bien net en la matière, que la compétence est administrative (12).

Mais par contre, c'est certainement, à l'heure actuelle, l'analogie des contrats d'emprunt des communes et des départements avec les contrats de droit privé qui en fait attribuer le contentieux aux tribunaux judiciaires (13), et il n'est nullement besoin, pour expliquer cette jurisprudence, de penser, comme M. Hauriou (14), que le Conseil d'Etat considère à tort les dettes publiques départementales et communales comme contractées pour la vie civile des départements et des communes. Dans l'état actuel de la jurisprudence, ce contrat peut être passé pour un service public et de la compétence judiciaire s'il ne se distingue en rien des contrats du droit privé. C'est le cas des emprunts des Administrations locales, qui ne jouissent d'aucun des privilèges exorbitants du droit commun des emprunts d'Etat. Les actes précédant l'émission de ces emprunts, délibérations des conseils municipaux ou généraux, autorisations préfectorales, sont des actes administratifs, dont le contentieux appartient aux tribunaux administratifs.

(12) V. JÈZE, *Les contrats administratifs*, p. 138. M. Jèze critique avec raison cette manière de voir.

(13) V. BÉQUET, à propos des conversions d'emprunts communaux, *Répertoire de droit administratif*, v^o *Communes*, n. 3213 : « Il se peut que les créanciers émettent la prétention de ne pas être remboursés par anticipation; alors c'est à l'autorité judiciaire qu'il appartient de statuer. »

(14) *Précis de droit administratif*, 11^e éd., p. 904.

CHAPITRE IV

LES OPERATIONS IMMOBILIERES.

SOMMAIRE. — 66. Baux du Code civil passés par l'Administration pour loger les services publics. — 67. Contrats innomés conformes au droit commun. — 68. Contrats de location de nature administrative. — 69. Baux passés pour la gestion du domaine privé. — 70. Ventes domaniales.

66. — Bien qu'en général les services publics soient installés dans des immeubles faisant partie du domaine des différentes personnes publiques, il arrive assez fréquemment que l'Administration soit obligée, pour les besoins du service, de passer des contrats de location soit avec des particuliers, soit avec une autre personne publique. Ces contrats de location se font presque toujours dans les formes du droit privé, et comme le cocontractant ne coopère nullement au fonctionnement du service, ces contrats seront presque toujours des contrats de droit commun et le juge compétent pour en connaître sera le juge civil.

Cette jurisprudence est déjà ancienne. En effet, il a toujours été reconnu par la jurisprudence que les contrats par lesquels l'Etat prend à bail un immeuble, même pour les besoins du service, n'étaient pas visés par l'article 13 du décret du 11 juin 1806. Comme le caractère d'actes de gestion de pareils contrats n'était pas douteux, la connaissance des litiges qu'ils soulevaient était laissée à l'autorité judi-

ciaire (1). Parmi les arrêts les plus récents, on peut citer l'arrêt du Tribunal des conflits du 15 novembre 1913 *Meyer* (2), où il s'agissait d'un bail passé par l'Etat pour un immeuble servant de caserne aux gardiens de la paix : « Lorsque l'Etat occupe un immeuble en vertu d'un bail même en vue de l'installation d'un service public, les contestations qui s'élèvent entre le propriétaire bailleur et l'Administration locataire, notamment en ce qui concerne le paiement des loyers, sont de la compétence de l'autorité judiciaire. » De même, l'arrêt du Conseil d'Etat du 28 janvier 1921, *Ville de Béziers* (3), où il s'agissait d'un contrat intervenu entre l'Etat et la ville pour le logement du général commandant d'armes.

67. — Dans ces arrêts, il s'agit de contrats de bail du Code civil. La solution reste la même lorsqu'il s'agit de contrats innomés, qu'il faut se garder de confondre avec des actes d'affectation (4).

La distinction entre les contrats de location et les actes d'affectation, s'agissant d'occupation par l'Etat d'immeubles appartenant à des villes, a donné lieu à un certain nombre d'arrêts intéressants. En particulier, l'arrêt du Tribunal des conflits du 4 juin 1910, *Compagnie d'assurances « Le So-*

(1) V. Trib. des confl., 23 mai 1851, *Lapeyre*, S., 51. 2. 664; 18 janv. 1855, *Bourgoïn*, S., 55. 2. 435; 11 janv. 1873, *Péju et Jouannou*, S., 73. 2. 125; 9 avril 1875, *Dutemple et Rougemont*, *Rec.*, p. 311.

(2) S., 1920. 3. 54.

(3) *Rec.*, p. 103.

(4) Laferrière rangeait les actes d'affectation dans ce qu'il appelait les contrats administratifs, c'est-à-dire les actes dans lesquels l'élément contractuel n'est que l'accessoire (*Traité de la juridiction administrative*, t. I, p. 486). En réalité, ce ne sont pas des contrats, mais des actes de puissance publique à apparence contractuelle, leur contentieux est toujours administratif. V. APPLETON, *Traité du contentieux administratif*, p. 218.

leil » (5). Il s'agissait d'un immeuble mis par une ville à la disposition de l'autorité militaire pour y loger des réservistes. L'arrêté de conflit soutenait que l'occupation par l'Etat des locaux appartenant à la ville avait le caractère d'un acte d'affectation et que par suite la compétence était administrative. Le commissaire du gouvernement, concluant à la compétence judiciaire, fit observer que l'affectation nécessitait une certaine procédure qu'on ne trouvait pas dans les circonstances de la cause, et qu'il s'agissait « d'un contrat innomé, mais incontestablement un contrat de droit civil qui donne naissance de part et d'autre à des obligations de droit commun ». Et, conformément à une jurisprudence déjà ancienne, le Tribunal des conflits décida que la compétence était judiciaire.

On peut rapprocher de cet arrêt l'arrêt du Conseil d'Etat du 24 mars 1905, *Commune de Saint-Gerion* (6), par lequel le Conseil d'Etat se reconnaît compétent pour connaître de l'occupation par l'Etat d'un immeuble appartenant à une ville, « dérivant non d'un acte régulier d'affectation, mais d'un accord tacite entre la ville et le ministre de la guerre ». De même le Conseil d'Etat a déclaré que l'accord par lequel un particulier mettait spontanément à la disposition de l'autorité militaire une ancienne carrière était un contrat de droit civil dont la connaissance appartenait à l'autorité judiciaire (7). On voit donc que même lorsqu'il s'agit de contrats innomés, si ces contrats sont conformes au droit commun la compétence est judiciaire.

(5) S., 1912. 3. 434, avec les conclusions de M. le conseiller Feuilloy.

(6) S., 1907. 3. 39. V. les conclusions de M. Romieu sous cet arrêt, *Rec.*, p. 197.

(7) Cons. d'Et., 12 nov. 1921, *Hussen*, *Rec.*, p. 937, et les conclusions de M. Mazerat sous cet arrêt, *Revue du droit public*, 1922, p. 71.

68. — Il ne faudrait pas cependant conclure de cette quasi-unanimité des arrêts, que tous les contrats par lesquels l'Etat prend à bail les immeubles nécessaires à ces services sont des contrats de droit commun. Il suffit que ces contrats contiennent une clause exorbitante du droit commun pour qu'ils aient le caractère de contrats administratifs et que la connaissance des litiges qu'ils soulèvent appartienne au Conseil d'Etat. C'est ainsi que le simple fait qu'un contrat de location contienne une clause aux termes de laquelle « les règles générales sur les marchés en vigueur sont applicables à la présente convention » donne à ce contrat le caractère administratif et rend, par suite, le Conseil d'Etat compétent pour en connaître (8).

69. — Si les contrats dans lesquels l'Etat est locataire rentrent bien dans la théorie générale des contrats administratifs, il en est de même de ceux dans lesquels les personnes publiques sont bailleurs. Ces contrats sont toujours des contrats de droit privé. Ils ne contiennent aucune clause exorbitante du droit commun et sont de la compétence de l'autorité judiciaire. Il ne pourrait pas en être autrement. En effet, ces contrats sont toujours passés pour la gestion du domaine privé des personnes publiques, leur domaine public étant mis hors du commerce de la vie privée (9). De très nombreux arrêts ont appliqué ce principe, qui n'est d'ailleurs pas contesté (10) et ne souffre aucune difficulté. Rappelons

(8) Trib. des confl., 17 juill. 1923, *Société des Magasins généraux*, S., 26. 3. 13.

(9) Les biens du domaine public peuvent faire l'objet d'opérations juridiques, concessions sur le domaine public ou changement d'affectation, mais ce ne sont jamais des contrats. V. sur ces opérations : WALINE, *Les mutations domaniales*, thèse Paris, 1925; HAURIQU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., p. 651 et s.

(10) V. Cons. d'Et., 11 déc. 1814, *Beaudoin, Rec.*, t. III, p. 47 : « Les

seulement que l'on a coutume de désigner du nom de baux les contrats passés pour l'affermage des taxes d'octroi, qui sont en réalité des concessions de service public (41).

70. — Le principe que toutes les actions domaniales sont de la compétence exclusive des tribunaux ordinaires souffre cependant une exception très importante et difficilement explicable. L'article 4, § 5, de la loi du 28 pluviôse an VIII, confie au conseil de préfecture « le contentieux des domaines nationaux ». Cet article n'a jamais été considéré par la jurisprudence comme s'appliquant aux différents baux passés pour la gestion de ce domaine, mais c'est sur lui qu'elle s'appuie pour décider que toutes les ventes de biens du domaine de l'Etat sont de la compétence du conseil de préfecture (42), en particulier les ventes de lais et relais de la mer (43). Cette solution ne peut s'expliquer que par des raisons historiques. La vente des biens nationaux pendant la Révolution était en effet une vente d'une nature spéciale, et de plus, des raisons politiques militaient en faveur de la compétence administrative. Mais à l'heure actuelle les ventes domaniales ne diffèrent en rien des ventes ordinaires

tribunaux ordinaires sont seuls appelés à se prononcer sur toutes les contestations relatives à la coupe et à la vente des bois ». Trib. des confl., 11 déc. 1875, *Maisonnable, Rec.*, p. 1012, attribuant à l'autorité judiciaire la connaissance d'un bail de pêche; Trib. des confl., 29 nov. 1884, *Jacquinet, Rec.*, p. 855; 21 mars 1891, *Cahen d'Anvers, Rec.*, p. 252, donnant la même solution pour des baux de chasse. Comp. Cons. d'Et., 15 avril 1910, *Agence nationale d'affichage, S.*, 11. 3. 17, et la note de M. Hauriou, et 17 mai 1912, *Agence nationale d'affichage, S.*, 16. 3. 7.

(41) V. *supra*, n. 62.

(42) L'article 4, § 5, de la loi du 28 pluviôse an VIII n'est pas applicable en Algérie. V. loi du 16 juin 1851, art. 13 et 23. Trib. des confl., 20 juill. 1889, *Jumel de Noireterre, Rec.*, p. 882.

(43) Trib. des confl., 1^{er} mai 1875, *Tarbé des Sablons, Rec.*, p. 409, avec les conclusions de M. Reverchon.

et cette solution est illogique (14). La jurisprudence interprète d'ailleurs ce texte restrictivement et lorsqu'il s'agit, non pas d'une vente, mais d'un échange, la compétence est judiciaire (15).

(14) V. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, t. I, p. 339, et JÈZE, *Les contrats administratifs*, p. 232 et s. Les ventes d'objets mobiliers effectuées par l'Etat sont également des contrats de droit commun et, comme la loi de pluviôse an VIII ne leur est pas applicable, leur contentieux est judiciaire. V. Cons. d'Et., 22 déc. 1922, *Lassus*, S., 26. 3. 15, où il s'agissait d'une vente de poteaux pour lignes électriques.

(15) V. Cons. d'Et., 6 nov. 1822, *Rambourg*, *Rec.*, p. 334; 27 mars 1885, *Hutel*, *Rec.*, p. 361.

CHAPITRE V

LES CONTRATS PASSES POUR LE RECRUTEMENT DU PERSONNEL

SOMMAIRE. — 71. Situation réglementaire des fonctionnaires publics proprement dits. — 72. Les contrats d'engagement militaire. — 73. Situation contractuelle des employés qui ne sont pas des fonctionnaires publics proprement dits. — 74. Les contrats administratifs de louages de services. — 75. Les contrats de droit privé passés pour les services publics. — 76. Les contrats de louages de services des services publics industriels.

71. — La nature juridique des rapports entre l'Administration et les personnes qu'elle emploie est très variable suivant les cas, et, avant de déterminer le juge compétent pour statuer sur les contrats de louage de service de l'Administration, il faut d'abord établir quelle est la part du contrat dans le recrutement du personnel des services publics. La première catégorie, sans doute la plus nombreuse, est celle des fonctionnaires publics proprement dits, c'est-à-dire, pour reprendre la définition qu'en donne M. Hauriou, « tous ceux qui, en vertu d'une nomination de l'autorité publique, sous le nom de fonctionnaires, employés, agents et sous-agents, appartiennent au cadre des emplois permanents d'une administration publique » (1). On a soutenu que la situation des fonctionnaires était une situation contractuelle. On voyait dans le lien qui unissait le fonctionnaire au service public

(1) HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., p. 589.

un contrat, un contrat de nature spéciale, il est vrai, que l'on appelait contrat de service public (2). La jurisprudence du Conseil d'Etat a également employé, au moins une fois, l'expression de « contrat de droit public » pour caractériser le lien qui unit le fonctionnaire au service public. C'est dans l'arrêt *Winckell* (3), qui contient le considérant suivant : « Considérant qu'en se mettant en grève les agents préposés au service public se placent eux-mêmes, par un acte collectif, en dehors des lois et règlements édictés dans le but de garantir l'exercice des droits résultant pour chacun d'eux du contrat de *droit public* qui les lie à l'Administration. »

Mais cet arrêt est resté isolé, et ne cadre pas avec l'ensemble de la jurisprudence concernant les fonctionnaires. En effet, il est de principe que la violation d'un contrat n'est pas un moyen d'excès de pouvoirs, et ne voit-on pas, tous les jours, le Conseil d'Etat déclarer recevables des recours pour excès de pouvoir intentés par des fonctionnaires à propos de la violation de leur statut. On ne trouve d'ailleurs dans la situation du fonctionnaire ni les éléments de forme, ni les éléments de fond d'un contrat. Ce n'est pas la volonté des parties qui fixe la situation des contractants, et l'on ne peut même pas parler d'un contrat d'adhésion, puisque le fonctionnaire, au moment de son entrée au service, ne sait pas à quoi il adhère, les conditions du service pouvant être modifiées à tout moment, par la simple volonté de la personne publique, et sans que le fonctionnaire puisse prétendre à une indemnité.

(2) PERRIQUET, *Les contrats de l'Etat*, p. 144; DARESTE, *La justice administrative*, 2^e éd., p. 388; NÉZARD, *Théorie juridique de la fonction publique*, 1901.

(3) Cons. d'Et., 7 août 1909, S., 09. 3. 143, et la note de M. Hauriou.

Nous n'insisterons pas davantage sur cette proposition qui a été excellemment démontrée par MM. Jèze et Hauriou ⁽⁴⁾, et nous considérons comme admis que la situation des fonctionnaires n'est pas contractuelle.

72. — Cependant, le doute est permis en ce qui concerne les engagements et rengagements militaires. Laferrière y voyait un contrat : « Un contrat se forme entre l'engagé et l'Etat; ce contrat se lie étroitement à l'acte d'enrôlement; il en est une condition nécessaire, puisque l'Etat ne pourrait pas imposer, en vertu de la loi, le service qui lui est librement offert par l'engagé volontaire ou par le militaire qui contracte un rengagement. » ⁽⁵⁾. Un arrêt récent du Conseil d'Etat parle encore de « contrat d'engagement militaire » ⁽⁶⁾,

(4) JÈZE, *Les contrats administratifs*, p. 181 et s.; HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., p. 590 et s. — Dans les conclusions qu'il a prononcées dans l'affaire *Winckell*, M. Tardieu, tout en admettant le caractère contractuel de la fonction publique, résume ainsi la situation juridique des fonctionnaires : « A la différence de ce qui se passe en droit privé, les parties ne traitent pas sur un pied d'égalité. L'Etat fixe à son gré, et en vue d'un meilleur fonctionnement possible du service public, les diverses clauses du contrat. Il détermine seul, sans discussion et sans entente préalable avec les candidats fonctionnaires, les devoirs et obligations qu'il impose à chaque agent. Il fixe également les avantages qu'il leur accorde, le taux de leurs traitements, les conditions et les qualités de leurs pensions, les règles suivant lesquelles leurs écarts seront réfrénés, les peines disciplinaires qu'ils peuvent encourir et la procédure suivant laquelle ces peines seront prononcées, enfin les garanties qui les protégeront contre l'arbitraire. Non seulement l'Etat fixe seul ces conditions, mais encore il se réserve le droit de les modifier en cours d'exécution. Enfin, il reste toujours libre de supprimer le service et par suite l'emploi. »

M. Jèze, commentant ces conclusions (*Les contrats administratifs*, p. 184), se demande, avec raison, comment il se fait que M. Tardieu « n'ait pas vu la contradiction flagrante qu'il y a entre l'idée de contrat et la situation juridique légale qu'il décrivait si exactement ».

(5) *Traité de la juridiction administrative*, t. I, p. 614.

(6) Cons. d'Et., 19 mars 1917, *Péchin*, S., 23. 3. 38, avec les conclusions de M. Corneille. — V. aussi Conseil d'Etat, 17 mars 1911, *Allard*, Rec., p. 384.

et M. Hauriou soutient également que les actes d'engagement comportent un élément contractuel (7).

Cependant, l'arrêt *Chirac* du 16 juillet 1920 (8), semble combattre cette thèse. Aux termes de cet arrêt, l'expression « contracter un engagement pour la durée de la guerre » n'implique pas « que l'Etat soit lié envers les engagés volontaires, pour la durée de la guerre, par des stipulations synallagmatiques... Elle signifie seulement que lesdits engagés se sont soumis, jusqu'à cette date, aux mêmes obligations et au même statut militaire que les individus appelés par l'ordre de mobilisation générale ». M. Jèze (9) se base sur cet arrêt pour affirmer que le Conseil d'Etat a abandonné toute idée de contrat.

Nous n'oserions pas être aussi affirmatif. Cet arrêt ne tend, selon nous, qu'à donner une définition du contenu du contrat d'engagement pour la durée de la guerre. Il est certain que la situation de l'engagé volontaire est, en grande partie, réglementaire, mais il est non moins certain qu'elle contient une part contractuelle qu'on ne trouve pas dans la situation des fonctionnaires ordinaires. Il n'est besoin, pour s'en rendre compte, que de comparer la situation du sous-officier rengagé à celle du sous-officier commissionné. La commission peut être supprimée par simple décision administrative; nous ne croyons pas que l'autorité militaire puisse mettre fin sans indemnité à un contrat d'engagement. Nous croyons donc qu'il existe un contrat d'engagement militaire, contrat administratif au premier chef, donc de la compétence du Conseil d'Etat (10).

(7) HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., p. 594.

(8) S., 1924. 3. 55.

(9) *Les contrats administratifs*, p. 181.

(10) Sauf, bien entendu, le jugement des questions préjudicielles

73. — Outre les fonctionnaires proprement dits, c'est-à-dire les agents appartenant au cadre permanent des administrations publiques, celles-ci font appel à un nombreux personnel. La situation de ce personnel vis-à-vis de l'Administration est-elle contractuelle? Si oui, quel sera le juge compétent pour connaître des litiges relatifs à ces contrats. La jurisprudence est très incertaine, quelquefois même contradictoire (11).

Pour M. Jèze, toutes les fois qu'il n'y a pas fonctionnaire public proprement dit, l'acte d'engagement n'est pas un acte unilatéral de nomination, c'est un contrat de louage de service. C'est le bon sens même, et il devrait toujours en être ainsi. Si le collaborateur de l'Administration ne jouit pas du statut légal et réglementaire du fonctionnaire, il faut que la situation soit contractuelle. Mais est-ce bien le point de vue de la jurisprudence? Ce n'est pas sûr. Dans les arrêts très nombreux par lesquels le Conseil d'Etat refuse à certaines catégories d'individus la qualité de fonctionnaires publics, il se prononce rarement sur la nature contractuelle de leur situation (12) Il y a même au moins un arrêt où le Conseil d'Etat décide formellement, bien qu'il s'agisse d'un individu qui n'était pas fonctionnaire au sens propre du mot, que sa situation n'était pas contractuelle (13). Malgré cet arrêt, malgré le silence des autres, il faut cependant, à moins de renoncer à toute logique, admettre le dilemme :

relatives à l'Etat et à la capacité des personnes, qui appartient à l'autorité judiciaire.

(11) *Les contrats administratifs*, p. 186.

(12) Cons. d'Et., 1^{er} juin 1906, *Alcindor* (1^{re} et 3^e espèce), S., 08. 3. 138; 11 avril 1919, *Labussière*, *Rec.*, p. 395; 9 janv. 1920, *Saunac*, *Rec.*, p. 22; 29 oct. 1920, *Maunoury*, *Rec.*, p. 881; 6 mars 1923, *Pluyette*, *Rec.*, p. 244, etc.

(13) Cons. d'Et., 11 déc. 1903, *Villenave*, *Rec.*, p. 767.

situation réglementaire du fonctionnaire proprement dit ou situation contractuelle.

74. — Sur la question de savoir si cette situation contractuelle est une situation de droit public ou une situation de droit privé, et, par conséquent, si le juge compétent pour en connaître est le Conseil d'Etat ou le juge civil, il n'y a pas moins d'incertitudes.

M. Jèze propose de distinguer entre les services publics proprement dits, les services publics industriels et les services industriels non érigés en service public. Pour la première catégorie, il pose en principe que le contrat de louage de services est un contrat administratif, parce que, obligatoirement, par son objet même le contrat fait coopérer le contractant au fonctionnement du service. C'est là, en effet, nous l'avons vu, une des deux conditions suffisantes pour qu'il y ait contrat administratif.

Outre les arrêts que nous avons déjà cités en note sous le paragraphe précédent, mais qui ne nous paraissent pas concluants, parce que le Conseil d'Etat ne s'y prononce pas expressément sur le caractère contractuel de la situation du requérant, on peut citer à l'appui de ce principe un certain nombre de décisions concernant, par exemple : les auxiliaires des postes et télégraphes (14); un ingénieur qui a passé avec le gouverneur d'une colonie une convention lui promettant un emploi et lui assurant un traitement, avec engagement de rester au moins pendant trois ans au service de la colonie (15); un dessinateur entré au service d'une ville en vertu d'une convention lui assurant un certain traite-

(14) Cons. d'Et., 7 déc. 1912, *Sensal*, S., 17. 3. 45.

(15) Cons. d'Et., 26 janv. 1923, *Lafrégeyre*, *Rec.*, p. 67; *Revue du droit public*, p. 237 et s., avec les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Rivet.

ment pour une durée d'une année au moins (16); la direction d'une école relevant du service de l'Assistance publique (17). Dans tous ces cas, il y a contrat, et contrat administratif.

75. — Pour M. Jèze, il n'y aurait compétence judiciaire pour les employés des services publics que pour les employés à titre tout à fait passager, accidentel, éphémère (18).

Il est certain que la jurisprudence est fixée en ce sens que les ouvriers payés à la journée, et, par conséquent, qui ne sont liés à l'Administration que par un lien éphémère, sont engagés en vertu d'un louage de services du droit civil, par conséquent la compétence est judiciaire (19). Mais nous croyons que la compétence judiciaire doit être plus étendue, et, toutes les fois qu'un employé est engagé, même avec des appointements mensuels et pour une durée préfixe, il s'agit

(16) Cons. d'Et., 29 juin 1906, *Carteron*, S., 07. 3. 97, et la note de M. Hauriou.

(17) Cons. d'Et., 3 juill. 1923, *De Mestral*, S., 27. 3. 2. — Pour affirmer le caractère administratif du contrat, le Conseil d'Etat se croit obligé de relever dans le contrat des clauses exorbitantes du droit commun. « Présente le caractère d'un contrat administratif dont il appartient au Conseil d'Etat de connaître la convention par laquelle le préfet a affermé un domaine donné au département en confiant en même temps au fermier la direction d'une école dont la création a eu lieu sur ce domaine en exécution des charges de la donation et dont l'existence se rattache étroitement au *service public* des enfants assistés, alors que cette convention comporte, par les *pouvoirs généraux* qu'elle confère au directeur de l'école sur l'instruction et la discipline, par la *surveillance administrative* à laquelle elle le soumet et par le droit de résiliation *exceptionnel* qu'elle reconnaît au préfet, des clauses exorbitantes du droit commun. »

Si le Conseil d'Etat insiste ainsi sur les clauses exorbitantes du droit commun, c'est probablement pour bien distinguer ce contrat d'un bail à ferme, lequel eût été de la compétence des tribunaux judiciaires.

(18) JÈZE, *Les contrats administratifs*, p. 203.

(19) Trib. des confl., 17 mai 1873, *Michallard*, *Rec.*, 1^{er} suppl., p. 103; Cons. d'Et., 24 mars 1903, *V...*, *Rec.*, p. 308; 6 mai 1921, *Mourgues*, *Rec.*, p. 430.

d'un contrat de droit privé, si le cocontractant est engagé non pas pour collaborer au service public d'une façon générale, comme nous l'avons vu dans les exemples précités, mais pour accomplir une tâche déterminée. C'est dans ce sens que semble s'engager la jurisprudence la plus récente (20).

Malgré quelques incertitudes, on arrive donc à établir d'une façon cohérente la répartition des compétences pour les contrats de louage de services passés pour le compte des services publics non industriels. Ces contrats sont, en principe, de la compétence administrative, sauf lorsqu'ils ne font pas coopérer le cocontractant au fonctionnement du service, soit que celui-ci n'ait qu'à accomplir une tâche fixée d'avance, soit qu'il ne soit lié au service que par un lien éphémère.

(20) Cons. d'Et., 20 janv. 1928, *Marthoud*. Voici le texte de cet arrêt, qui n'a pas encore été publié : « Considérant que sur l'insertion d'une annonce dans un journal technique un accord, portant notamment sur le montant des émoluments à recevoir en rémunération du travail fourni, s'est réalisé par échange de lettres entre le sieur M..., ingénieur des constructions civiles, et l'ingénieur en chef des ponts et chaussées du département; qu'à la suite de cet accord, l'ingénieur en chef des ponts et chaussées a engagé le sieur M... pour une tâche déterminée consistant en l'étude et la surveillance du réseau ferré d'intérêt local; que, dans ces conditions de fait, il y a lieu de décider que le requérant n'a pas passé avec le département un contrat de droit public, mais qu'il a passé avec l'ingénieur en chef un contrat de droit privé. » Il semble que, dans cet arrêt, le Conseil d'Etat considère le sieur M... comme le collaborateur particulier de l'ingénieur en chef. La Cour de cassation s'était basée sur une raison analogue pour refuser aux chefs du cabinet de ministre le caractère de fonctionnaires publics (Cass. crim., 31 juill. 1883, S., 83. 1. 389). Mais ce n'est pas un motif suffisant pour entraîner la compétence judiciaire. Ainsi les aides des postes sont considérés comme les auxiliaires personnels des receveurs (Cons. d'Et., 3 déc. 1919, *Sensal, Rec.*, p. 895), et cependant leur contrat est administratif. C'est bien la limitation de la tâche à accomplir qui entraîne le caractère de droit commun du contrat. Il y a là quelque chose d'analogue aux marchés de livraison à fourniture unique. V. *supra*, n. 47.

76. — Mais on ne saurait appliquer sans distinction ces principes aux services publics industriels.

Pour les services publics concédés, il n'y a aucun doute que les rapports du personnel avec le concessionnaire sont des rapports de droit privé (21). Pour les services industriels exploités en régie, M. Jèze distingue entre les services fonctionnant dans les mêmes conditions que s'ils étaient dirigés par un particulier, et qui ne sont pas des services publics proprement dits, et les services industriels fonctionnant d'après des règles propres exorbitantes du droit commun. Pour ces derniers, les règles que nous avons énoncées aux paragraphes précédents seraient applicables. Mais le contentieux des premiers serait un contentieux judiciaire.

Cette théorie serait très séduisante, si l'on pouvait proposer un critérium certain permettant de distinguer ces services industriels de ceux qui sont érigés en services publics. Les deux exemples que cite M. Jèze, celui du *Bac d'Eloka* (22) et celui des services d'assurances maritimes pendant la guerre (23) ne sont guère concluants.

En effet, si les bacs sont considérés comme services privés aux colonies, ils sont considérés en France comme services publics (24). Pour quelle raison? Quant au service d'assurances, il fonctionnait bien dans les mêmes conditions qu'un service privé vis-à-vis des usagers, mais il était géré par des fonctionnaires du ministère des Travaux publics,

(21) V. *contra*, DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., 1923, t. II, p. 19. M. Duguit a raison en principe. Mais la jurisprudence est bien établie.

(22) Trib. des confl., 22 janv. 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, S., 24. 3. 34, avec les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Matter.

(23) Cons. d'Et., 22 déc. 1921, *Société générale d'armements*, S., 26. 3. 10.

(24) Cons. d'Et., 2 juill. 1920, *Dame Lenoir*, *Rec.*, p. 638. V. *supra*, n. 61.

dont certainement les rapports avec le service n'étaient pas de droit privé. Si l'on veut établir une telle distinction entre les services industriels, nous croyons qu'il n'y a qu'une solution : c'est de dire que, lorsqu'un service industriel a avec les usagers les mêmes rapports que s'il était dirigé par un particulier, les contrats de louage de services passés pour ce service seront des contrats de droit commun, s'ils ne contiennent aucune clause exorbitante du droit commun. Il ne faut pas se dissimuler ce qu'a de défectueux une telle solution, qui fait dépendre la situation de l'employé des procédés employés par le service vis-à-vis des usagers, procédés qui peuvent changer d'un moment à l'autre.

Il serait donc beaucoup plus simple d'abandonner ces distinctions sur la nature des services publics (25) et de considérer que, du moment que l'Etat ou une personne publique gère un service, ce service est un service public et que, par suite, les contrats de louage de service passés par ce service sont des contrats administratifs, sauf les deux exceptions que nous avons établies pour les services publics ordinaires (26).

Il faut, bien entendu, réserver le cas où non seulement il n'y a pas service public, mais encore où il n'y a pas service du tout. Telles sont, par exemple, les conventions, assez nombreuses dans la pratique, passées par les communes avec un médecin, lequel s'engage à résider dans la commune moyennant une certaine subvention (27).

(25) V. *supra*, n. 46.

(26) En vertu de la loi du 21 mars 1903, les employés de l'Administration des chemins de fer de l'Etat sont soumis au régime du contrat de travail. V. Cons. d'Et., 2 juill. 1913, *Repéré*, avec les conclusions de M. Corneille, S., 21. 3. 46. Cette loi ne vise pas le personnel dirigeant de la Compagnie.

(27) V. Cons. d'Et., 1^{er} juin 1900, *Dame Moreau*, S., 02. 3. 94; Trib. des confl., 16 nov. 1901, *Dame Moreau*, S., 04. 3. 100; Cons. d'Et., 16 janv. 1914, *Rochette*, S., 20. 3. 62.

CHAPITRE VI

LES CONTRATS AVEC LES USAGERS. CONTRATS DIVERS

SOMMAIRE. — 77. Les contrats passés avec les usagers. — 78. Les contrats du service de ravitaillement pendant la guerre.

77. — A l'inverse des contrats de louages de service que nous venons d'étudier, qui sont, en règle générale, des contrats administratifs, on peut poser en principe que les contrats passés par les usagers des services publics sont de la compétence des tribunaux judiciaires (1). Mais cette attribution de compétence ne résulte pas de l'objet du contrat. Les tribunaux judiciaires ne sont compétents pour connaître de ces contrats que parce que ce ne sont pas des contrats administratifs, tels que nous les avons définis dans la deuxième partie de cet ouvrage. En effet, une des deux conditions suffisantes ne se trouve jamais réalisée dans ces contrats. L'usager ne participe pas à l'exécution du service. L'autre ne s'y trouve que rarement. Ces contrats ne contiennent généralement pas de clauses exorbitantes du droit commun.

Mais, lorsque, par exception, ils contiennent des clauses exorbitantes du droit commun, la compétence est administrative (2). En ce qui concerne les services industriels, cer-

(1) V. la note de M. Mestre, sous Cass. req., 31 janv. 1923, S., 24. 1. 129.

(2) M. Devaux, dans une note au Dalloz, 1927. 3. 41, sous Conseil

tains arrêts ont jugé utile de réintroduire le critérium de la *nature propre* du service. « Dans l'exploitation des services publics industriels dont il croit devoir assumer la gestion, l'Etat se trouve, vis-à-vis des usagers, dans la même situation qu'un entrepreneur ordinaire. à moins que la *nature propre* du service ou des *clauses spéciales* ne donnent aux accords individuels passés avec lesdits usagers le caractère de véritables contrats administratifs. » (3).

Nous répétons, une fois de plus (4), que cette nature propre du service est quelque chose d'insaisissable, si on la recherche ailleurs que dans les procédés de gestion employés par le service. Si ces procédés sont exorbitants du droit commun, la compétence est administrative, c'est vrai, mais, alors, on retombe dans la deuxième condition.

Dans ses conclusions dans l'affaire des *Affréteurs réunis* (5), le commissaire du gouvernement, M. Rivet, après s'être donné beaucoup de mal pour établir une théorie de la compétence d'après la nature du service, en arrive à cette conclusion : « Dans la gestion d'un service de nature nécessairement et exclusivement publique, telle contestation relative à un achat de fourniture isolée effectué sans marché

d'Etat, 12 juin 1925, *Grandclément*, a cru trouver un contrat conforme à ceux du droit privé, et pour lequel cependant le Conseil d'Etat s'était déclaré compétent. Il s'agissait d'un transport maritime effectué par un transport de l'Etat dans les conditions absolument analogues à celles des compagnies de navigation privée. Cette interprétation est erronée. En réalité il n'y avait pas contrat, mais autorisation administrative (V. la note sous cet arrêt, S., 27. 3. 122). Ce n'est pas là une simple question de mots : s'agissant de responsabilité, le Conseil d'Etat n'a pas appliqué les règles admises en matière de responsabilité du transporteur par le droit civil, mais les règles de la responsabilité quasi délictuelle pour faute du service public.

(3) Cons. d'Et., 5 mai 1922, *The American trading Co*, *Rec.*, p. 400.

(4) *Supra*, n. 27, 46, 61 et 76.

(5) Cons. d'Et., 23 mai 1924, S., 26. 3. 10.

relèvera naturellement des tribunaux civils. » C'est donc que la gestion n'est pas exclusivement publique. A l'inverse, « le service industriel non monopolisé et fonctionnant habituellement comme une entreprise particulière pourra donner lieu à la passation d'un contrat de physionomie spéciale dont vous serez amenés à connaître ».

Il est donc plus simple de commencer par l'analyse du contrat et de voir si, oui ou non, il est conforme à ceux du droit privé. L'attribution de compétence en découlera naturellement. C'est ce qu'a fait le Conseil d'Etat dans les litiges résultant des contrats d'assurances maritimes passés pendant la guerre. La loi du 10 avril 1915 avait organisé un service d'assurances maritimes pendant la guerre : les armateurs contractaient avec ce service absolument dans les mêmes conditions qu'avec une compagnie d'assurances privée. L'arrêt du Conseil d'Etat du 23 décembre 1921, *Société générale d'armements* (6), décide que ces contrats n'ont pas le caractère administratif, mais constituent des contrats de droit commun. Les litiges relatifs à leur exécution sont de la compétence des tribunaux judiciaires.

La loi du 19 avril 1917 a changé profondément le régime de ces assurances : de facultative qu'elle était, l'assurance devient obligatoire, la garantie de l'Etat porte non pas sur le prix fixé par le propriétaire, mais sur la valeur du navire, telle que l'a fixée le ministre des Travaux publics; en cas de perte totale, la valeur assurée n'est payée que jusqu'à 75 p. 100 de son montant, la différence ne devenant exigible qu'après justification du remploi dans l'achat ou la mise en chantier d'un nouveau navire agréé par le ministre. Ce sont certes là des clauses que l'on n'est pas accoutumé de ren-

(6) S., 1926. 3. 40.

contrer dans les polices d'assurance privée. Aussi le Conseil d'Etat s'est-il déclaré compétent pour connaître de l'exécution d'un pareil contrat (7). Mais il n'était pas besoin de s'appuyer pour cela sur la « nature propre » du service. Supposons un service qui puisse passer à la fois des contrats analogues à ceux de la loi de 1915 et des contrats analogues à ceux de la loi de 1917. Quelle sera la nature propre de ce service? Au contraire, l'analyse des contrats fournit un critérium sûr, qui a l'avantage d'être le même pour tous les contrats passés par les administrations, contrats de fournitures de transports, d'emprunts, de louages de service ou contrat avec les usagers. Il n'y a qu'à s'y tenir.

Les contrats passés par les usagers avec les concessionnaires de service public sont de la compétence des tribunaux judiciaires, à moins que le litige ne porte sur l'interprétation du contrat de concession, auquel cas la compétence est celle du conseil de préfecture (8).

Il en est de même des contrats des usagers des chemins de fer de l'Etat avec l'Etat et des contrats d'abonnement du téléphone (9).

(7) Cons. d'Et., 23 mai 1924, *Affréteurs réunis*, S., 26. 3. 40. La Cour de cassation, dans son arrêt du 31 janvier 1923 (S., 24. 1. 29), s'était prononcée dans le sens de la compétence judiciaire pour ces contrats. Son arrêt reproduisait presque textuellement les considérants de l'arrêt *Société générale d'armement* (S., 26. 3. 10). La Cour suprême croyait bien faire en adoptant la solution du Conseil d'Etat, mais elle n'avait pas vu la différence entre les lois de 1915 et de 1917.

(8) V. Cons. d'Et., 14 nov. 1924, *Chartier*, S., 26. 3. 46, et 29 oct. 1926, *Gay*, D., 28. 3. 4.

(9) Notons cependant que, pour ces derniers contrats, le Conseil d'Etat fonde la compétence judiciaire sur ce que les redevances payées par les abonnés avaient le caractère de contribution indirecte. Cette jurisprudence bizarre a pour but de faire échapper ces contrats aux tribunaux de commerce. V. Cons. d'Et., 23 mars 1906, *Dlle Chauvin*, *Rec.*, p. 252, et 13 mai 1910, *Autrat*, *Rec.*, p. 407.

78. — Avant de terminer cet examen de la compétence pour les divers contrats passés par l'Administration, nous voudrions attirer l'attention sur un certain nombre d'arrêts du Conseil d'Etat, relatifs aux contrats passés par l'Administration pendant la guerre, pour le ravitaillement civil de la population, et après la guerre, pour la reconstitution des régions envahies.

C'est d'abord l'arrêt du 29 mai 1923, *Société des Moulins brestois* (10), qui décide que, du fait des lois des 16 octobre 1913, 17 avril 1916 et 7 avril 1917, sur la taxation, le contrôle et l'achat des céréales par l'Etat, le commerce des céréales, les livraisons de farines et les industries qui s'y rattachent ont été transformés « en un service d'intérêt général et de défense nationale présentant au plus haut degré le caractère de service public et dirigé par l'Etat dans des conditions entièrement différentes de celles où se seraient trouvés un commerçant ou un industriel ordinaire ». Le Conseil d'Etat en concluait que les contrats de cession passés par les intéressés présentaient le caractère de contrats administratifs dont la juridiction administrative peut être seule appelée à connaître. Trois ans auparavant, le Conseil d'Etat avait décidé que ces contrats sont des contrats de droit commun dont l'autorité judiciaire seule peut être appelée à connaître (11). D'où provient ce changement de jurisprudence (12)? De ce que le Conseil d'Etat a découvert dans

(10) S., 1926. 3. 29.

(11) Cons. d'Et., 7 juill. 1922, *Groussard*, S., 26. 3. 29.

(12) V. encore, dans le sens de la compétence administrative, Cons. d'Et., 29 mai 1923, 2 arrêts *Decatoire* et *Trillon*, *Rec.*, p. 534; 6 nov. 1923, *Lefèvre-Utile*, *Rec.*, p. 868. Comp., à propos d'un consortium d'achat du jute organisé par l'Etat, Cons. d'Et., 5 nov. 1926, *Delpin*, S., 27. 3. 137, avec la note de M. Hauriou; Cass. civ., 22 nov. 1927; *Delprat c. préfet d'Oran*, inédit.

ces contrats des clauses exorbitantes du droit commun qu'il n'aurait pas aperçues lors de l'examen de la première affaire. Cette hypothèse est inacceptable quand on sait avec quel soin le Conseil d'Etat étudie les affaires qui lui sont confiées.

Il semble que l'explication de ce revirement de jurisprudence provient d'un changement dans la conception que le Conseil d'Etat se faisait de ce service public du ravitaillement. Dans l'arrêt *Groussard*, il a considéré que le service public ne s'étendait que jusqu'aux commissions permanentes et que, par rapport à ces commissions, les boulangers étaient des clients. Quelle que soit la tendance collectiviste qui triomphe en France depuis la guerre, il a hésité à faire du commerce du pain un service public. S'agissant d'un contrat avec des usagers, en dehors de toute clause exorbitante du droit commun, la compétence était judiciaire. Le pas que l'on n'osait pas franchir en 1922 a été franchi en 1925. Il ne s'agissait plus de modestes boulangers de campagne, mais de puissants minotiers. En faire des collaborateurs du service public a paru plus facile. Le Conseil d'Etat le dit expressément : « Les cessions constituaient, en réalité, des modalités d'exécution du service public. » Le contrat, dès lors, devenait administratif. Le Conseil d'Etat, pour déterminer ce caractère administratif, donnait une autre raison : ces cessions se référaient, sans l'intervention d'aucune stipulation particulière, à l'ensemble de la législation et de la réglementation sur la matière.

C'est cette deuxième considération qui a retenu l'attention de M. Hauriou⁽¹³⁾. Il considère qu'elle marque une réaction très nette contre le mouvement de jurisprudence qui tendait à abandonner aux tribunaux judiciaires la plus grande

(13) Note au *Sirey*, 1927. 3. 137.

partie du contentieux des services publics industriels, par l'application de la théorie des contrats administratifs : « Les raisons sur lesquelles ils (ces arrêts) fondent cette compétence sont extrêmement intéressantes à relever, en ce sens qu'elles ne visent pas seulement les stipulations exorbitantes du droit commun, que pourrait contenir la convention qui unit les entreprises privées aux cadres administratifs, pour les faire participer à la gestion du service, comme par exemple dans l'affaire *de Mestral* (S., 1927. 3. 2), elles sont tirées des *considérations extérieures* à la convention et infiniment plus hautes : des nécessités qui ont imposé soit les mesures de ravitaillement, soit les mesures destinées à faciliter la reconstruction des régions libérées, enfin, et surtout, des dispositions législatives et réglementaires qui ont créé les organisations où le cadre administratif et l'entreprise sont en union intime. »

M. Hauriou conclut qu'on ne pourra laisser tomber dans la compétence judiciaire, le contentieux d'un service qu'à la double condition : 1° qu'il n'y ait dans la convention relative à l'institution ou à l'amodiation du service aucune stipulation de droits exorbitants au profit de l'Administration; 2° que le fonctionnement du service n'ait pas été l'objet d'une réglementation administrative dont il y ait lieu de surveiller l'application. Nous avons bien du mal à admettre une pareille interprétation, parce qu'elle anéantirait tout l'effort accompli depuis un demi-siècle pour restreindre le domaine de la compétence administrative en matière de contrats et lui donner des frontières naturelles. Quel service, en effet, n'a pas été l'objet d'une réglementation administrative dont il y a lieu de surveiller l'application? Cependant, il faut reconnaître que la rédaction de l'arrêt prête à l'interprétation de M. Hauriou. Heureusement, les arrêts ulté-

rieurs semblent revenir à des considérants moins dangereux. C'est ainsi que l'arrêt du 7 janvier 1927, *Triller* (14), décide que la convention passée entre l'Etat et un consortium pour la reconstitution des régions dévastées, comportant la participation du consortium et de ses préposés à la gestion d'un service public, a le caractère d'un contrat administratif. C'est là une des deux conditions habituellement requises pour qu'il y ait contrat administratif.

(14) S., 1927. 3. 437, avec la note de M. Hauriou.

VU : *Le Doyen*,
H. BERTHELEMY.

VU : *Le Président de la thèse*,
MESTRE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

- ALIBERT. — L'imprécision dans les concessions de travaux, 1923.
— Le contrôle juridictionnel de l'administration par le recours pour excès de pouvoir, 1926.
- APPLETON. — Traité élémentaire de contentieux administratif, 1927.
- ARTUR. — La séparation des pouvoirs. *Revue du droit public*, 1902 et 1903, tirage à part 1905.
- AUCOG. — Conférences sur le droit administratif, 3^e édition, 1885.
- BARTHÉLEMY. — L'État et le contrat. *Revue du droit public*, 1911.
- BÉQUET. — *Répertoire du droit administratif*, v^{is} Communes, Contentieux administratif, Travaux publics, Marchés de fournitures, Responsabilité de la puissance publique.
- BERTHÉLEMY. — Traité de droit administratif, 11^e édition, 1925.
- BLANCHE. — *Dictionnaire général d'administration*, v^o Baux administratifs.
- BONNARD. — Précis élémentaire de droit administratif, 1926.
- BRET. — Les sociétés d'économie mixte, 1925.
- CHAUVEAU (Adolphe). — Compétence et juridiction administrative, 1841.
- CHÉRON. — De l'actionnariat des collectivités publiques, 1928.
- CORMENIN (DE). — Droit administratif, 5^e édition, 1840.
- DUCROCQ. — Cours de droit administratif, 7^e édition.
- DUGUIT. — Droit constitutionnel, 2^e édition, 1923.
- DUMESNIL et PALLAIN. — Traité de la législation spéciale du Trésor public en matière contentieuse, 3^e édition, 1898.
- FURTUNA. — Le fait du prince. Thèse Paris, 1924.
- FUZIER-HERMANN. — *Répertoire de législation et de jurisprudence*, v^{is} Travaux publics et Marché administratif.
- HAURIQU. — La gestion administrative, 1899.
— Principes de droit public, 4^{re} édition, 1910 et 2^e édition, 1916.
— Précis élémentaire de droit administratif, 1926.
— Précis de droit administratif, 11^e édition, 1927.
- JACQUELIN. — Les principes dominants du contentieux administratif, 1899.
- JÈZE. — Principes généraux du droit administratif, 3^e édition, 1925.
— Les contrats administratifs, 1927.

- JOLLY. — Des conditions dans lesquelles l'État, les départements, les communes et les établissements publics peuvent jouer le rôle d'actionnaires de fondateurs d'administrations dans les sociétés anonymes, 1928.
- LAFERRIÈRE. — Traité de la juridiction administrative, 2^e édition, 1896.
- LAFERRIÈRE. — La compétence de la juridiction administrative en Alsace-Lorraine. *Revue juridique d'Alsace et de Lorraine*, 1926.
- LAPEYRE. — L'imprévision dans les marchés de gaz et d'électricité, 1923.
- MESTRE. — De l'autorité compétente pour déclarer l'État débiteur. Thèse Paris, 1899.
- Gestion d'affaires et enrichissement sans cause en droit administratif. *Recueil de législation de Toulouse*, 1914.
- MICHOUD. — De la gestion d'affaires appliquée au service public. *Revue générale d'administration*, 1894, t. II.
- Théorie de la personnalité morale, 2^e édition, par Trotabas, 1923.
- PÉRREAU. — Des modifications contractuelles au droit commun dans les marchés de l'État. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1918.
- PERRIQUET. — Les contrats de l'État, 3^e édition, 1890.
- RIPERT. — Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles. *Revue du droit public*, 1915.
- ROLLAND. — Du droit pour le législateur d'imposer de nouvelles obligations à un concessionnaire de services publics. *Revue du droit public*, 1909.
- ROUBIER. — Influence du changement des circonstances sur les contrats de droit public. Thèse Lyon, 1925.
- SERRIGNY. — Organisation de la compétence, 2^e édition, 1865.
- TROTABAS. — De l'utilisation de domaine public par les particuliers. Thèse Paris, 1924.
- WALINE. — Les mutations domaniales. Thèse Paris, 1925.
-

TABLE DES ARRÊTS CITÉS

Dates.			Pages.
1814. 11 déc..	Cons. d'État...	<i>Beaudoin</i>	113.
1822. 6 nov..	Cons. d'État...	<i>Rambourg</i>	115.
1850. 7 nov..	Trib. des confl..	<i>Perriot</i>	101.
1851. 23 mai..	Trib. des confl..	<i>Lapeyre</i>	111.
1852. 3 juill.	Cons. d'État...	<i>Mercier</i>	92.
1855. 18 janv.	Trib. des confl..	<i>Bourgoïn</i>	111.
34 juill.	Cass. crim.		123.
6 déc..	Cons. d'État...	<i>Rotschild</i>	14.
1861. 6 août.	Trib. des confl..	<i>Dekeister</i>	15.
1866. 28 août.	Cass. civ.		82.
1868. 19 déc..	Cons. d'État...	<i>Compagnie Transatlantique</i>	63.
1869. 20 fév..	Cons. d'État...	<i>Pinard</i>	107.
1873. 11 janv.	Trib. des confl..	<i>Jouannou</i>	111.
14 janv.	Trib. des confl..	<i>Péju</i>	111.
5 fév..	Trib. des confl..	<i>Dugave</i>	56.
8 fév..	Trib. des confl..	<i>Blanco</i>	15, 27, 56, 106.
2 mai.	Cons. d'État...	<i>Bartiac</i>	92.
17 mai.	Trib. des confl..	<i>Michallard</i>	182.
1874. 8 mai.	Cons. d'État...	<i>Valéry</i>	63.
1875. 9 avril.	Trib. des confl..	<i>Dutemple</i>	111.
1 ^{er} mai.	Trib. des confl..	<i>Tarbé des Sablons</i>	114.
11 déc..	Trib. des confl..	<i>Maisonnable</i>	114.
1876. 19 déc..	Trib. des confl..	<i>Ville de Lyon</i>	100.
1878. 20 déc..	Cons. d'État...	<i>Valéry</i>	63.
1883. 6 juill.	Cons. d'État...	<i>Min. du Commerce</i>	70, 82, 87.
13 juill.	Cass. civ.		82.
1884. 29 nov..	Trib. des confl..	<i>Jacquinet</i>	114.
1885. 27 mars	Cons. d'État...	<i>Hutel</i>	70, 115.
6 déc..	Cass. civ.		82.
1887. 18 janv.	Trib. des confl..	<i>Guillaumin</i>	94.
5 août.	Cons. d'État...	<i>Commune de Divonne</i>	92.
18 nov..	Cons. d'État...	<i>Compagnie Transatlantique</i>	63.

Dates.			Pages.
1888.	28 mai.	Cons. d'État... <i>Commune de Saissac</i>	25, 27.
1889.	20 juill.	Trib. des confl.. <i>Jumel de Noireterre</i>	114.
	13 déc..	Cons. d'État... <i>Cadot</i>	28.
1891.	21 mars	Trib. des confl.. <i>Cahen d'Anvers</i>	114.
1892.	22 janv.	Cons. d'État... <i>Comp. de Lyon</i>	100.
1895.	8 fév..	Cons. d'État... <i>Comp. de Lyon</i>	100.
1897.	20 déc..	Cass. req.....	94.
1898.	11 mars	Cons. d'État... <i>Lagauche</i>	84.
	17 juin.	Cons. d'État... <i>Bouissou</i>	65.
1899.	28 janv.	Trib. des confl.. <i>Lagauche</i>	25 et 84.
	21 avril.	Cons. d'État... <i>Vergé</i>	65.
1900.	1 ^{er} juin.	Cons. d'État... <i>Moreau</i>	25, 125.
	1 ^{er} juin.	Cons. d'État... <i>Roussel</i>	65.
	7 août.	Cons. d'État... <i>D'Adhémur</i>	65.
1901.	8 mars	Cons. d'État... <i>Prenet</i>	65.
	12 juin.	Cass. civ.....	103.
	16 nov..	Trib. des confl.. <i>Moreau</i>	25, 125.
1902.	10 janv.	Cons. d'État... <i>Deville-les-Rouen</i>	64.
	31 janv.	Cons. d'État... <i>Grosson</i>	29 et s.
	14 mars	Cons. d'État... <i>Fichet</i>	65.
1903.	22 janv.	Cons. d'État... <i>Chemin de fer économique</i> <i>du Nord</i>	65.
	6 fév..	Cons. d'État... <i>Terrier</i>	29 et s., 38 et s., 101.
	11 déc..	Cons. d'État... <i>Villeneuve</i>	120.
1905.	24 mars	Cons. d'État... <i>Commune de Saint-Gériou</i>	112.
	24 mars	Cons. d'État... <i>V</i>	122.
	28 juill.	Cons. d'État... <i>Chemins de fer économiques</i> <i>du Nord</i>	90.
	4 août.	Cons. d'État... <i>Chemins de fer de Bône-</i> <i>Guelma</i>	65.
1906.	23 mars	Cons. d'État... <i>D^{lle} Chauvin</i>	129.
	1 ^{er} juin.	Cons. d'État... <i>Alcindor</i>	120.
	29 juin.	Cons. d'État... <i>Carteron</i>	122.
1908.	20 fév..	Trib. des confl.. <i>Feutry</i>	30, 46.
	11 avril.	Trib. des confl.. <i>De Fauscolombe</i>	30.
	23 mai.	Trib. des confl.. <i>Joulié</i>	30.
1907.	29 janv.	Cons. d'État... <i>Messageries Maritimes</i>	64, 87.
	7 août.	Cons. d'État... <i>Winckell</i>	117.
	19 nov..	Cons. d'État... <i>Zeilabadine</i>	65.
1910.	4 mars	Cons. d'État... <i>Thérond</i>	30 et s., 38 et s., 74, 101.
	10 mars	Cons. d'État... <i>Min. des Travaux publics</i>	65.

Dates.			Pages.
1910. 15 avril.	Cons. d'État...	<i>Agence nationale d'affi-</i> <i>chage</i>	114.
13 mai.	Cons. d'État...	<i>Autrat</i>	129.
4 juin.	Trib. des confl..	<i>Comp. d'assurances « Le</i> <i>Soleil »</i>	38, 111.
1911. 17 mars	Cons. d'État...	<i>Allard</i>	118.
8 avril.	Cons. d'État...	<i>Commune de Ousse-Sussan</i>	7.
8 nov..	Cons. d'État...	<i>Labeye</i>	88.
1912. 19 janv.	Cons. d'État...	<i>Chemins de fer algériens</i> ..	100.
17 mai.	Cons. d'État...	<i>Agence nationale d'affi-</i> <i>chage</i>	114.
31 juill.	Cons. d'État. ..	<i>Granit porphyroïde des Vos-</i> <i>ges</i>	40 et s., 48, 53, 86.
7 déc..	Cons. d'État...	<i>Sensal</i>	121.
1913. 25 avril.	Cons. d'État...	<i>Chayrigues</i>	65.
27 juin.	Cons. d'État...	<i>Ville de Toulouse</i>	94.
15 nov..	Trib. des confl..	<i>Meyer</i>	111.
1914. 16 janv.	Cons. d'État...	<i>Rochette</i>	125.
1915. 2 juill.	Cons. d'État...	<i>Repéré</i>	128.
1916. 30 mars	Cons. d'État...	<i>Gaz de Bordeaux</i>	66.
7 avril.	Cons. d'État...	<i>Astruc</i>	102.
1917. 19 mars	Cons. d'État...	<i>Péchin</i>	118.
20 juill.	Cons. d'État...	<i>Automobiles postales</i>	88.
1918. 8 fév..	Cons. d'État...	<i>Éclairage de Poissy</i>	57, 67.
19 juin.	Cons. d'État...	<i>Société des voiliers français</i> .	73, 87.
28 juin.	Cons. d'État...	<i>Société générale thermique</i> ..	104.
16 oct..	Cons. d'État...	<i>Gouvernement de l'Algérie</i> .	88.
1919. 29 janv.	Lyon.....		89.
11 avril.	Cons. d'État...	<i>Labussière</i>	120.
18 juin.	Cons. d'État...	<i>Chargeurs français</i>	88.
8 août.	Cons. d'État...	<i>Berck</i>	103.
26 nov..	Aix.....		89.
1920. 9 janv.	Cons. d'État. ..	<i>Saunac</i>	120.
20 fév..	Cons. d'État...	<i>Thérès</i>	70, 84.
18 juin.	Cons. d'État...	<i>Rigaud</i>	56.
2 juill.	Cons. d'État...	<i>D^me Lenoir</i>	101, 124.
16 juill.	Cons. d'État...	<i>Chirac</i>	119.
29 oct..	Cons. d'État...	<i>Maunoury</i>	120.
3 déc..	Cons. d'État...	<i>Fromassal</i>	73.
1921. 22 janv.	Trib. des confl.	<i>Côte d'Ivoire</i>	45, 124.
28 janv.	Cons. d'État...	<i>Ville de Béziers</i>	75, 111.
6 mai.	Cons. d'État...	<i>Mourgues</i>	122.

Dates.			Pages.
1921.	6 mai.	Cons. d'État... <i>Chemins de fer P.-L.-M.</i> ...	89.
	10 juin.	Cons. d'État... <i>Commune de Montségur</i> ...	92.
	12 nov.	Cons. d'État... <i>Husson</i>	112.
	25 nov.	Cons. d'État... <i>Automobiles postales</i>	67.
	16 déc.	Cons. d'État... <i>Sassey</i>	101.
	22 déc.	Cons. d'État... <i>Soc. gén. d'armements</i> ...	124.
1922.	21 janv.	Cass. civ.....	89.
	25 mars	Trib. des confl. <i>De Malglaive</i>	87.
	31 mars	Cons. d'État... <i>Guyard</i>	108.
	5 mai.	Cons. d'État... <i>The American Frading Co.</i>	127.
	12 mai.	Cons. d'État... <i>Ville de Saint-Malo</i>	72, 102.
	4 juill.	Cass. civ.....	89.
	7 juill.	Cons. d'État... <i>Groussard</i>	42, 130.
	7 nov.	Trib. des confl. <i>Manon</i>	88.
	15 nov.	Cons. d'État... <i>Bocandé</i>	84.
	22 déc.	Cons. d'État... <i>Lassus</i>	70, 115.
	26 janv.	Cons. d'État... <i>Lafrégeyre</i>	121.
	31 janv.	Cass. req.....	42, 126 et s.
1923.	12 fév.	Cass. civ.....	94.
	2 mars	Cons. d'État... <i>Ville de Versailles</i>	67.
	7 mars	Cons. d'État... <i>Iassifaqlu</i>	88.
	7 mars	Cons. d'État... <i>Hellénie Transport</i>	70, 88.
	10 mars	Trib. des confl. <i>V^e Rousseau</i>	89.
	27 avril.	Cons. d'État... <i>De Fallois</i>	102.
	9 juin.	Trib. des confl. <i>Société Vimout</i>	70, 88.
	17 juill.	Trib. des confl. <i>Magasins généraux</i>	75, 113.
	20 juill.	Cons. d'État... <i>Ville de Bordeaux</i>	67.
	27 juill.	Cons. d'État... <i>Ghensi</i>	103.
	22 janv.	Cass. civ.....	89.
	23 mai.	Cons. d'État... <i>Affréteurs réunis</i>	42, 48, 52, 127 et s.
	1 ^{er} août.	Cons. d'État... <i>Bonnal</i>	23.
	14 nov.	Cons. d'État... <i>Chartier</i>	129.
1924.	7 déc.	Cons. d'État... <i>Caisse Lafarge</i>	108.
	12 déc.	Cons. d'État... <i>Ville de Dieppe</i>	100.
	22 déc.	Cons. d'État... <i>Travailleurs français</i>	56.
	6 fév.	Cons. d'État... <i>Gouverneur de l'Algérie</i> ...	63.
	6 mars	Cons. d'État... <i>Pluyette</i>	120.
	29 mai.	Cons. d'État... <i>Moulins Brestois</i>	42, 130.
	29 mai.	Cons. d'État... <i>Décatoire</i>	130.
	29 mai.	Cons. d'État... <i>Trillou</i>	130.
	12 juin.	Cons. d'État... <i>Grandclément</i>	126.
	3 juill.	Cons. d'État... <i>De Mestral</i>	122, 132.

Dates.			Pages
1925.	8 juill.	Cons. d'État....	<i>Lédard</i> 104.
	30 oct..	Cons. d'État....	<i>Mas-Gayet</i> 67.
	6 nov..	Cons. d'État....	<i>Lefèvre-Utile</i> 130.
	7 nov..	Cons. d'État....	<i>Perrin</i> 7.
1926.	14 mai	Cons. d'État....	<i>Compagnie parisienne de</i> <i>navigation</i> 70, 87.
	29 oct..	Cons. d'État....	<i>Gay</i> 129.
	5 nov..	Cons. d'État....	<i>Delpin</i> 130.
1927.	7 janv.	Cons. d'État....	<i>Triller</i> 52, 133.
	30 mars	Cons. d'État....	<i>Gasnos</i> 100.
	8 avril.	Cons. d'État....	<i>Chemins de fer de l'Est</i> ... 89.
	22 nov..	Cass. civ.....	130.
1928.	20 janv.	Cons. d'État....	<i>Marthoud</i> 123.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS.....	III
SOMMAIRE.....	VII
INTRODUCTION (1 à 5).....	1

PREMIÈRE PARTIE

Les actes d'autorité et les actes de gestion.

CHAPITRE I. — Les débuts de la jurisprudence administrative (6 à 7).....	11
CHAPITRE II. — Actes de gestion et actes d'autorité (8 à 14)	14
CHAPITRE III. — Les contrats des départements et des communes (15 à 20).....	25

DEUXIÈME PARTIE

Théorie des contrats administratifs.

CHAPITRE I. — La notion de service public (21 à 29).....	37
CHAPITRE II. — Les contrats administratifs. Leur existence (30 à 34).	51
CHAPITRE III. — Clauses et règles d'interprétation des contrats administratifs (35 à 40).....	58
CHAPITRE IV. — Critérium de distinction des contrats administratifs (41 à 47).....	68

TROISIÈME PARTIE

Étude des différents contrats administratifs au point de vue de la compétence.

CHAPITRE I. — Les contrats de fournitures et de transports (48 à 53).	81
CHAPITRE II. — Les marchés de travaux publics, les offres de concours, les concessions (54 à 62).....	91

	Pages
CHAPITRE III. — Les contrats relatifs à la dette publique (63 à 65)	105
CHAPITRE IV. — Les opérations immobilières (66 à 70).....	110
CHAPITRE V. — Les contrats pour le recrutement du personnel (71 à 76).....	116
CHAPITRE VI. — Les contrats avec les usagers. Contrats divers (77 et 78).....	126
BIBLIOGRAPHIE	135
TABLE DES ARRÊTS CITÉS.	137

